مجلة الحقوق

مجلة فصلية تعنى بالدراسات القانونية والشرعية

السنة التاسعة
العدد الأول

جمادى الثانية ١٤٠٥
مارس ١٩٨٥

عوامل الاستقرار للعقد القابل للابطال

د. محمد جبر الألفي

تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت

شبكة الألوكة
www.alukah.net

www.alukah.net
شبكة الألوكة

عوامل الاستقرار للعقد القابل للابطال
(دراسة تحليلية مقارنة)

الدكتور محمد جبر الالفي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمـــة

١ - تشغل نظرية بطلان التصرفات القانونية مكانا متميزا في التشريعات المدنية المختلفة وفي المؤلفات القانونية . ذلك أن الحكم ببطلان التصرف يؤدي إلى نتائج خطيرة تمس سلامة واستقرار التعامل في المجتمع ، ويزعزع المراكز القانونية التي يمكن أن تكون قد انبنت على الثقة وحسن النية . لذا يحرص المشرع على أن يحدد بوضوح أسباب وحالات البطلان ، ليكون ذلك بمثابة إجراء وقائي يحد من إنشاء تصرفات مصيرها الإبطال ، كما يعمل على نشر الطمأنينة في مجال التعامل برسم حدود زمنية لا تسمع دعوى الإبطال فيما وراءها .

٢ - ومن المعلوم أن التشريعات الغربية ، والقوانين التي استمدت منها ، تميز بين العقد الباطل ، الذي لا ينتج أثرا ، والعقد القابل للإبطال ، الذي ينتج آثاره حتى إذا حكم بإبطاله اعتبر كأن لم يكن . وقد اختلفت معايير

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

هذا التمييز وتطورت مع الزمن[1] . والذي يهمنا في هذا المجال أن العقد القابل للإبطال ينشيء نوعا من المراكز القلقة ، المعلقة على إرادة أحد العاقدين ، إما أن يجيزه فيستقر وجوده ، وإما أن يطلب إبطاله فتنمحي آثاره مستندة إلى تاريخ إبرامه . وما لم يحصل إبطال العقد أو تصحيحه ، يظل هذا المركز القلق مستمرا حتى تتقادم دعوى الإبطال ، وحينئذ يعتبر العقد صحيحا منذ لحظة إنشائه ، ويصطحب هذا الحكم بالنسبة للمستقبل .

٣ ـ ومع امتداد مدة التقادم تمتد فترة القلق والاضطراب ، ويظل مصير العقد والتصرفات الأخرى المترتبة عليه رهن مشيئة من له حق طلب الإبطال ، يمكنه بمطلق إرادته أن يختار الوقت المناسب لاتخاذ الموقف الذي يلائمه ، وليس أمام ذوى المصلحة إلا ترقب حصول هذا الاختيار أو مرور الزمان المانع من سماع دعوى الإبطال .

٤ ـ وليس من شك في أن فترة القلق هذه ، طالت أم قصرت ، لا تستقيم والسياسة التعاقدية أو استقرار التعامل في المجتمع . من أجل ذلك حاولت التشريعات المختلفة إشاعة الطمأنينة في التعامل باتباع وسائل متباينة تهدف إلى الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية التي اكتسبت بحسن نية . وقد نهج القانون المدني الكويتي[2] هذا النهج ، فاستحدث إجراء خاصا يتيح لذوى المصلحة إعذار من له حق طلب إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته بالتمسك بهذا الحق أو تركه ، خلال فترة تحدد له ، ويعتبر سكوته عن الرد بمثابة إجازة للعقد .

---

(١) جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، مطبوعات جامعة القاهرة ١٩٥٦ ، ص ٣٣٠ وما بعدها .

— Ghestin; Traité de droit civil, les obligations, le contrat, Paris 1980, P. 628-644.

(٢) رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ ، الذي بدىء العمل به في ٢٥ فبراير ١٩٨١ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

٥ ـ هذا النص الجديد يثير تساؤلات متعددة حول تحديد مضمونه ، وكيفية إعماله ، ومدى ملاءمته كعامل استقرار للمعاملات المدنية . ومحاولة الإجابة عن تلك التساؤلات تشكل موضوع الفصل الثاني من هذا البحث ؛ أما الفصل الأول فينتظم استعراضا موجزا لعوامل استقرار العقد القابل للإبطال في الفكر القانوني ، حتي يتضح من المقارنة مدى ملاءمة الوسيلة التي قدمها المشرع الكويتي بين يدي استقرار التصرف القانوني .

٦ ـ خطة البحث : وهكذا ينقسم البحث إلى فصلين :

نستعرض في الفصل الأول عوامل استقرار العقد القابل للإبطال في الفكر القانوني بوجه عام.فنخصص المبحث الأول منه لمواجهة القانون الوضعي لمشكلة عدم استقرار العقد القابل للإبطال . وندرس في المبحث الثاني موقف الفقه الإسلامي إزاء عدم استقرار بعض عقوده .

أما الفصل الثاني فيستقل بدراسة عامل الاستقرار في القانون المدني الكويتي ، وذلك في مبحثين : نحلل في المبحث الأول الإجازة المفترضة في المادة ١٨٢ ، ونكشف في المبحث الثاني عن مدى ملاءمة الحكم الوارد في هذه المادة كعامل استقرار للعقد القابل للإبطال .

الفصل الأول
عوامل الاستقرار في الفكر القانوني

٧ ـ كان من المتوقع ، وقد حرصت مختلف التشريعات على أن تحدد بوضوح حالات الإبطال وأسبابه ، أن يقل إبرام التصرفات التي يبقى مصيرها ، خلال فترة معينة ، معلقا على الإجازة أو الإبطال أو عدم سماع الدعوى لمرور الزمان . ولكن ذلك لم يمنع من إنشاء هذه التصرفات ، وتزايدها ؛ فكان لزاما على الفكر القانوني أن يواجهها ليضع حدا لهذا القلق

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الذي يتعارض والحاجة إلى استقرار التعامل في المجتمع .

لذا ينبغي أن نبدأ ، في مبحث أول ، باستعراض الحلول التي صاغها القانون الوضعي لعلاج هذه المشكلة . ثم ندرس ، في مبحث ثان ، موقف الفقه الإسلامي إزاء عدم استقرار بعض العقود التي تتقارب مع العقد القابل للإبطال .

المبحث الأول
مواجهة القانون الوضعي لمشكلة عدم استقرار العقد القابل للابطال

٨ ـ واجه القانون الوضعي فترة القلق الناجمة عن العقد القابل للإبطال بوسيلتين تسعى أولاهما إلى تقصير هذه الفترة ما أمكن ، وتضع الأخرى إجراءات فنية متنوعة لحماية المراكز المكتسبة بحسن نية .

أولا ـ العوامل الزمنية لاستقرار العقد القابل للإبطال :

٩ ـ كان أول ما بدأ التفكير فيه تقصير فترة الشك ما أمكن(٣) ، إما بإعطاء القاضي سلطة تقديرية لتعيين هذه الفترة حسب كل حالة ومراعاة لظروف التعامل السائدة . وإما بوضع مقياس زمني محدد يتناسب مع مدة التقادم العادي .

١٠ ـ **فالحل الأول** يسود القانون الانجليزي وقوانين الدول الاسكندنافية ، وأخذ به القانون الألماني في بعض الحالات .

(٣) — Carbonnier; Note sur l[illegible]ption extinctive, R.T.D. Civ., Janvier/Mars 1952. p. 171-181 — Masezud[illegible]droit civil, t.2, par de Juglart, les obligations, Paris 1973, p. 275.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

١١ ـ ١ ـ ففي القانون الانجليزي يعتبر التأخر في المطالبة بالبطلان دليلا على الإجازة[٤] . إذ يجب على صاحب حق الإبطال أن يعبر ، خلال فترة معقولة ، عن إرادته الإبطال ، وإلا سقط حقه[٥] .

١٢ ـ ٢ ـ وكذلك الحال في القوانين الاسكندنافية : الأيسلاندى الصادر في أول فبراير ١٩٣٦ ، والدانماركي الصادر في ٨ مايو ١٩١٧ ، والسويدي الصادر في ١١ يونيو ١٩١٥ ، والنرويجي الصادر في ٣١ مايو ١٩١٨ . فعلى الرغم من أن هذه القوانين لم تحدد فكرة خاصة بعيوب الرضا ، إلا أن الفقه هناك يفرق بين العيوب المتعلقة بتكوين العقد وبين تلك التى تتعلق بمضمونه ، ثم يقسم هذه العيوب إلى أسباب قوية Causes fortes تؤدي إلى بطلان التعبير عن الإرادة ، وأسباب ضعيفة Causes faibles لا تؤدي إلى البطلان إلا إذا كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان ينبغى عليه أن يعلم بوجود هذه الأسباب[٦] .

وأيا ما كان الأمر ، فإن المتعاقد الذى صدر عنه التعبير المعيب يمكنه أن يطلب إبطال العقد ، وذلك بإخطار المتعاقد الآخر خلال فترة معقولة[٧] ، وإلا سقط حقه في إبطال العقد .

١٣ ـ ٣ ـ أما القانون الألماني B. G. B. فقد اتبع نفس الحل فيما يتعلق بعيب الغلط[٨] ؛ ذلك أنه يجب على من وقع فى غلط دفعه إلى التعاقد أن يخطر

---

(٤) فتحي عبد الرحيم ، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصرى والانجليزي المقارن ، المنصورة ١٩٧٩ ، ص ٤٦٠ ـ ٤٦١ والقضايا التي أثبتها في هامشي ١ ، ٢ .

(٥) — Bell et Dann; in: Les vices du Consentement dans le contrat, sous la direction de R. Rodière Paris 1977, p. 141-161.

(٦) — Siesby; in: Les vices du consentement, op.cit., p. 163-173.

(٧) — Siesby; op.cit., p. 168.

(٨) — Puttfarken et Kruger; in: Les vices du consentement, op.cit., p. 121-131. Rieg; le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris 1961, p. 92-146.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

المتعاقد الآخر ، فور اكتشاف الغلط ، وبدون حاجة إلى إجراء رسمى أو صيغة معينة ، بعدم رغبته في الإبقاء على العقد ، وبهذا يتم الإبطال بالإرادة المنفردة لمن وقع في الغلط .

فالإجراء الذي وضعه المشرع الألماني لتقصير فترة الشك ما أمكن يتلخص في وجوب التصرف بسرعة لإبطال العقد بسبب الغلط unverjügliche Anfechtung ، وذلك وفقا لطبيعة المعاملة والظروف المحيطة بكل حالة على حدة . ففي المواد التجارية يكتفي بيوم واحد ، بعد اكتشاف الغلط ، لطلب الإبطال ؛ أما في غيرها من المعاملات فيكفي عدة أيام ، بعد اكتشاف الغلط ، لإعلان المتعاقد رغبته في الإبطال .[٩] وكل هذا يتوقف على اكتشاف الغلط قبل سقوط الحق في الإبطال طبقا لمدة التقادم العادي ، أي قبل مرور ثلاثين سنة على إعلان إرادة إبرام العقد (م ١٢١ مدني ألماني)[١٠] . وهكذا يكون المشرع الألماني قد حرر المتعاقد الآخر من نير الانتظار فترة غير محددة ، يفكر فيها ضحية الغلط ويدبر ، قبل أن يختار الوقت الذي يلائمه هو ليعلن إبطال العقد[١١] .

١٤ ـ **والحل الثاني** ، الذي يحدد مدة معلومة وقصيرة بالنسبة لمدة التقادم العادي ، هو الذي ساد معظم التشريعات أو مشاريع القوانين . وهذه المدة تتراوح بين سنة واحدة وخمس سنوات تبدأ من اكتشاف أو زوال العيب الذي كان السبب في قابلية العقد للإبطال .

---

(٩) — Puttfrken et Kruger; op.cit., p. 128 et notes 44-45.

(١٠) **الترجمة الفرنسية للقانون المدني** .B.G.B ، الصادر في ١٨ أغسطس ١٨٩٦ ، وتعديلاته حتى أول يناير ١٩٦٧ ، التى قام بها لفيف من رجال القانون تحت إشراف المحامي «William Garcin

(١١) — Saleilles; De la déclaration de volonté, Paris 1901, Art. 121, 1, p. 41-42.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

وننبه ، قبل عرض هذه التشريعات ، إلى أن القوانين التى لا تزال تحتفظ بمدة تقادم تطول إلى عشر سنوات لسقوط حق الإبطال ، تأثرا بما كان سائدا في القانون المدني الفرنسي منذ سنة ١٨٠٣ وحتى سنة ١٩٦٨ ، قد تعرضت لنقد شديد ، أو أحاطت دعوى الإبطال بما يخفف من وقع آثارها على المتعاقد الآخر .

١٥ ـ فالقانون المدني الجزائري صدر في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ ، أي بعد مرور أكثر من سبع سنوات على صدور القانون الفرنسي رقم ٦٨ ـ ٥ ـ ١٩٦٨/١/٣ ، الذي عدل المادة ١٣٠٤ مدني ، منقصا مدة تقادم دعوى الإبطال من عشر سنوات إلى خمس ، أي جعلها سدس المدة المقررة للتقادم العادي (٣٠ سنة) بعد أن كانت ثلثها .

ورغم أن تأثير القانون المدني المصري واضح على القانون المدني الجزائري ، وأن مدة التقادم العادي في كل منهما خمسة عشر عاما (م ٣٠٨ ج) إلا أن القانون الجزائري لم يأخذ بالتقادم الثلاثي الذي حدده القانون المصري لدعوى الإبطال ، وفضل الإبقاء على ما كان معمولا به في ظل القانون الفرنسي ، فنص في المادة ١٠١ على أنه : «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال عشر سنوات» ، أي أن المدة المقررة لسقوط دعوى الإبطال تعادل ثلثى مدة التقادم العادي .

١٦ ـ ومدة السنوات العشر ، التى حددتها المادة ٢٣٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني لسقوط الحق في طلب الإبطال ، هي نفس المدة المقررة لتقادم الدعاوى والحقوق بوجه عام (م ٣٤٩ ل) ، مما سوغ لبعض الفقه أن يقول بحق : «ويخيل لنا أن واضع مشروع قانون الموجبات والعقود كان في ذهنه وقت وضع نص المادة ٢٣٥ موجبات ، الخاصة بتقادم دعوى الإبطال ، أن مدة التقادم العادي ستكون أطول ، ولكنه لم يتنبه إلى وجوب تخفيض تلك المدة بعد ما قرر في المادة ٣٤٩ أن مدة التقادم العادي ، هي عشر

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

سنوات»[١٢] .

١٧ ـ يبقى القانون المدني البلجيكي ، ويبدو أن احتفاظه بمدة السنوات العشر لتقادم دعوى الإبطال (م ١٣٠٤) طوع للقضاء أن يتخذ موقفا عادلا يحافظ على مصلحة المتعاقد مع ضحية الغلط أو التدليس أو الإكراه ، إذ أنه يقضي ، في بعض الحالات ، بمراجعة العقد دون إبطاله[١٣]، فيحكم بتخفيض الثمن ، أو بتعويض المتعاقد المضار . غير أن هذا الموقف لم يلق ترحيبا من جانب الفقه ، الذي يرى أن القاضي لا يحق له أن ينوب مناب المتعاقدين في إعمال عقد قابل للإبطال ، وأن ليس أمامه إلا أن يقضي بصحة العقد أو أن يحكم بإبطاله[١٤] .

١٨ ـ وأما التشريعات التي قصرت مدة سقوط دعوى الإبطال فتنتظمها عدة طوائف :

١ ـ تضم الطائفة الأولى ، ومدة تقادم دعوى الإبطال فيها سنة واحدة ، تبدأ من اكتشاف العيب أو زواله : القانون المدني الألماني فيما يتعلق بعيب التدليس وعيب الإكراه (م ١٢٤)[١٥] . والقانون المدني السوري[١٦] فيما يتعلق بنقص

(١٢) عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزامات ، جـ ١ ، مصادر الالتزام ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ٣٩٢ ـ ٣٩٣ .

(١٣) — De Page; Traité élémentaire de droit civil Belge, Bruxelles 1951, t.1, p. 62-63.

(١٤) — Fouques Duparc; in: les vices du consentement, op.cit., p.65-87 et les références citées.

(١٥) — Puttfarken et Kruger, op.cit., p. 134 et 139. - Rieg, op.cit., p. 165 et 180. Saleilles, op. cit., Art. 124, 1 p. 72-74.

(١٦) محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام (١) المصادر الإرادية ، العقد والإرادة المنفردة ، دمشق ١٩٧٥ ـ١٩٧٦ ، ص ٢٣٠ ـ ٢٣٢ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الأهلية وعيوب الإرادة (م ١٤١) . وكذلك قانون الالتزامات السويسري[١٧]، الذي تنص المادة ٣١ منه على أن العقد الذى شابه غلط أو تدليس أو إكراه يعتبر قد أجيز إذا سكت صاحب حق الإبطال سنة دون أن يعلن للطرف الآخر عزمه على إبطاله . وينضم إلى هذه الطائفة قانون الالتزامات والعقود المغربي[١٨] ، فالمادة ٣١١ منه تحدد مدة تقادم دعوى الإبطال بسنة واحدة ، والمادة ٣١٢ منه تجعل بدء سريان هذه السنة في حالة الإكراه من يوم زواله ، وفي حالتي الغلط والتدليس من يوم انكشافهما ، وفي تصرفات القاصر من يوم بلوغ سن الرشد ، وفي تصرفات المحجور عليهم وناقصي الأهلية من يوم رفع الحجر أو الوفاة ، وفي حالة الغبن المتعلق بالراشدين لا يبدأ سريان مدة التقادم إلا من يوم وضع اليد على الشيء محل العقد ؛ وفي جميع الحالات تنقضى دعوى الإبطال بالتقادم بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد (م ٣١٤) . ويدخل في هذه الطائفة مشروع القانون المدني الهولندي Nieuw Burgerlyk Wetboek ، فقد اقترح تقصير مدة تقادم دعوى الإبطال من خمس سنوات ، كما تنص المادة ١٤٩٠ من القانون المدني الحالي Burgerlyk Wetboek ، إلى سنة واحدة تبدأ من اكتشاف الغلط أو التدليس أو من زوال الإكراه[١٩].

١٩ ـ ٢ ـ وقد اقترحت اللجنة المشكلة لتنقيح القانون المدني الفرنسي ، في المادة ٦٠ من الفصل الخاص بالتصرفات القانونية ، إنقاص مدة تقادم دعوى الإبطال لعيوب الإرادة من عشر سنوات ، كما كان الحال في المادة ١٣٠٤ مدني ، إلى سنتين فقط ، وفي حالة نقص الأهلية إلى خمس سنوات[٢٠] . ولكن المشرع الفرنسي فضل أن يضع مدة تقادم موحدة لنقص

(١٧) — Engel. Traité des obligations en droit suisse. Neuchâtel 1973, p. 215-523. — Gilliard; Vices du consentement et perpétuité de l'exception, (Etude de droit suisse). in: Mélanges R. Secretan, Montreux 1964.

(١٨) مأمون الكزبري ، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي ، جـ ١ ، مصادر الالتزامات ، بيروت ، ص ٢٦٠ ـ ٢٧٦ .

(١٩) — De Waal; in: les vices du consentement, op.cit., p. 89-101.

(٢٠) — Mazeaud; op.cit., p. 275, No. 317. — Travaux de la commission de réforme du code civil, 1947-1948, p. 75 et s.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الأهلية وعيوب الإرادة ، فأصدر القانون رقم ٦٨ ـ ٥ في ٣ يناير ١٩٦٨ ، معدلا المادة ١٣٠٤ مدني ، بجعل مدة تقادم دعوى الإبطال خمس سنوات بدلا من عشر .

٢٠ ـ ٣ ـ وهناك طائفة من التشريعات حددت مدة تقادم دعوى الإبطال بثلاث سنوات تبدأ من اكتمال الأهلية ، أو من زوال الإكراه ، أو من انكشاف الغلط أو التدليس ، نذكر منها على سبيل المثال : القانون المدني الكويتي (م ١٨٣)[٢١] ، والقانون المدني الليبي (م ١٤٠)[٢٢] ، والقانون المدني المصري (م ١٤٠) [٢٣] .

٢١ ـ ٤ ـ وأخيرا نجد طائفة من التشريعات تسقط دعوى الإبطال بمضي خمس سنوات على انكشاف العيب أو زوال سببه ، وذلك مثل القانون المدني الإيطالي (م ١٤٤٢) ،[٢٤] والقانون المدني الفرنسي (م ١٣٠٤)[٢٥] ، والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٢٧)[٢٦] ، والقانون المدني الهولاندي (م ١٤٩٠)[٢٧] .

هذه أهم التشريعات التي حاولت الحد من سلطة صاحب حق

(٢١) عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي ، ١ ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ١٩٨٣ ص ٤٦٦ ـ ٤٦٧ .

(٢٢) ثروت حبيب ، المصادر الإرادية للالتزام في القانون المدني الليبي ، بنغازي ١٩٧٨ ص ٣٠٩ .

(٢٣) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، (١) ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ١٩٦٤ ، ص ٥٧٥ ـ ٥٧٧ .

(٢٤) — Courtois; in: Les vices du consentement, op.cit., p. 103-120.

(٢٥) — Ghestin; op. cit., p. 733-738.

(٢٦) — Viforeanu; contribution à l'étude du contrat dans le projet franco-italien et en droit comparé, Paris 1932, p. 192-305.

(٢٧) — De Waal; op.cit., p. 93.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الإبطال ، بحصره في حدود زمنية ضيقة بالنسبة لمدة التقادم العادي ، وذلك بهدف التقليل ما أمكن من فترة عدم الاستقرار الناجم عن العقد القابل للإبطال .

ثانيا ـ الإجراءات الفنية لاستقرار العقد القابل للإبطال :

٢٢ ـ توجد نصوص تشريعية تحاول علاج عدم استقرار العقد القابل للإبطال باتباع إجراءات خاصة تراعي مصلحة الغير دون إضرار بسلامة التعامل بين المتعاقدين . نذكر منها على سبيل المثال : المواد ١٠٦ ـ ١١٠ من القانون المدني الألماني المتعلقة بتصرفات ناقص الأهلية ، والمادة ١٨٤٤ ـ ١٢ من القانون المدني الفرنسي الخاصة بتصحيح الشركة الباطلة بطلانا نسبيا ، والمادة ٦١ من مشروع لجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي التي تحدد مصير العقد القابل للإبطال بافتراض إجازته .

٢٣ ـ ١ ـ **تصرفات القاصر في القانون الألماني**[٢٨] : بعد أن بينت المادة

---

(٢٨) **Article 106**
Aux termes des articles 107 à 113, tout mineur ayant accompli sa septième année jouit d'une capacité resterinte d'exercer ses droits.

Article 107

Le mineur a besoin du consentement de son représentant légal pour pouvoir émettre une déclaration de volonté par laquelle il n'acquiert pas exclusivement, un avantage juridique.

Article 108

Lorsque le mineur conclut un contrat sans le nécessaire consentement de son représentant légal, la validité de ce contrat dépend de son approbation par ce dernier.

Si l'autre partie invite le représentant à se déclarer au sujet de son approbation, cette déclaration ne peut être adressés qu'à cette partie; toute approbation ou tout refus d'approbation adressée au mineur avant cette invitation est nulle. L'approbation ne peut être déclarée que dans le délai de deux semaines suivant la réception de l'invitation; à défaut d'être déclarée, elle est réputée refusée.

Lorsque le mineur est devenu capable d'exercer ses droits sans restriction, son approbation remplace celle de son représentant. =

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

BGB ١٠٦ أن القاصر يتمتع بأهلية أداء ناقصة لدى بلوغه السابعة من عمره ، تطلبت المادة ١٠٧ رضاء ممثله القانوني ، إذا أراد أن يعبر عن إرادته تعبيرا لا يعود عليه بمنفعة محضة . ثم جاءت بعد ذلك المادة ١٠٨ لتقضي بأن هذا القاصر إذا أبرم عقدا دون رضاء ممثله القانوني ، فإن صحة العقد تتوقف على إقرار هذا الأخير . غير أنها منحت المتعاقد مع القاصر الحق في إخطار الممثل القانوني ليقر العقد خلال أسبوعين من تسلم الإخطار ، فإذا انقضت هذه المدة دون إقرار ، اعتبر ذلك رفضا من جانبه . على أنه إذا اكتملت أهلية الأداء لدى القاصر ، حل إقراره محل إقرار ممثله القانوني . أما المادة ١٠٩ فقد اعترفت للمتعاقد مع القاصر بالحق في أن يتحلل من العقد الذي لم يتم إقراره ، كما تجيز له أن يعلن قراره هذا حتى إلى القاصر . ولكنها فرقت بين ما إذا كان هذا المتعاقد يجهل حالة نقص الأهلية أو كان يعلمها : فإن كان على علم بها فلا يمكنه التحلل من العقد إلا إذا كان القاصر قد أكد له ، خلافا للحقيقة ، أن ممثله القانوني قد أعرب عن موافقته . وحتى في هذه الحالة لا يجوز له أن يتحلل من العقد إذا كان يعلم ، وقت إبرام العقد ، أن القاصر لم يؤذن له . وقد نصت المادة ١١٠ على أن العقد الذي يبرمه القاصر ، دون رضاء ممثله القانوني ، يعتبر صحيحا منذ إبرامه ، إذا أدى القاصر التزاماته عن طريق موارد قدمها إليه ممثله القانوني ، أو شخص آخر حصل على موافقة هذا الأخير ، لأداء التزاماته التعاقدية أو للتصرف فيها بمطلق الحرية .

٢٤ ـ نخلص مما سبق إلى أن القانون الألماني قد قدم عاملين في سبيل استقرار العقد القابل للإبطال بسبب صدوره عن ناقص الأهلية :

Article 109 =

L'autre partie a le droit de révoquer le contrat aussi long-temps qu'il n'est pas approuvé. La révocation peut être déclarée même au mineur.

Lorsque l'autre partie a connu la minorité, elle ne peut révoquer que si le mineur lui a affirmé, contrairement à la vérité, le consentement de son représentant; elle ne peut révoquer, même dans ce cas, si elle avait connaissance du défaut d'autorisation au moment de la conclusion du contrat.

Article 110

Tout contrat conclu par le mineur sans l'assentiment de son représentant légal est

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

فالعامل الأول : أنه يجوز للمتعاقد مع ناقص الأهلية ، إذا كان حسن النية ، أن يتحلل من العقد الذي لم يقره الممثل القانوني ، أو لم يجزه القاصر بمجرد اكتمال أهليته .

والعامل الآخر : أنه يصح من القاصر تنفيذ التزاماته التعاقدية بما قد يحصل عليه من موارد قدمها إليه ممثله القانوني لهذا الغرض أو أطلق يده في التصرف بها . وكذلك بما قد يحصل عليه من موارد قدمها إليه شخص آخر بموافقة ممثله القانوني .

٢٥ ـ ٢ ـ تصحيح عقد الشركة في القانون الفرنسي(٢٩) : قضت المادة ١٨٤٤ ـ ١٢ مدني ، بعد تعديلها بالقانون رقم ٧٨ـ٩ الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ ، بأنه في حالة بطلان الشركة أو أحد التصرفات الصادرة بعد إنشائها ، لعيب في الرضاء أو لنقص في أهلية أحد الشركاء ، يجوز لمن له مصلحة أن يعذر صاحب حق الإبطال بأن يجري التصحيح أو أن يرفع دعوى الإبطال خلال ستة أشهر ، وإلا سقط حقه . كما أجازت للشركة أو لأحد الشركاء التقدم للمحكمة المطروح أمامها النزاع ، خلال هذه المهلة ، باقتراح أي إجراء يترتب عليه زوال مصلحة المدعي ، وخاصة شراء حصته . وعندئذ

(٢٩) considéré comme valable dès l'origine lorsque le mineur a exécuté sa prestation contractuelle avec des ressources qui lui ont été fournies dans ce but ou remises à sa libre disposition soit par son représentant, soit par un tiers agissant avec l'assentiment du représentant.

Art. 1844-12. En cas de nullité d'une société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, fondée sur un vice de consentement, ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne, y ayant intérêt, peut mettre en demeure celui qui est susceptible de l'opérer, soit de régulariser, soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. Cette mise en demeure est dénoncée à la société.

La société ou un associé peut soumettre au tribunal saisi dans le délai prévu à l'alinéa précédent, toute mesure susceptible de supprimer l'intérêt du demandeur notamment par le rachat de ses droits sociaux. En ce cas, le tribunal peut, soit prononcer la nullité, soit rendre obligatoires les mesures proposées si celles-ci ont été préalablement adoptées par la société aux conditions prévues pour les modifications statutaires. Le vote de l'associé dont le rachat des droits est demandé est sans influence sur la décision de la société.

En cas de contestation, la valeur sociaux à rembourser à l'associé est déterminée conformément aux dispositions de l'article 1843-4.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

يجوز للمحكمة أن تقرر الإبطال ، أو أن تحكم بقبول الإجراء المقترح ، إذا كانت الشركة قد أقرته وفقا للشروط المنصوص عليها في نظامها الأساسي[٣٠] .

٢٦ ـ ويتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي يقدم عاملين في سبيل تحقيق الاستقرار للعقد القابل للإبطال :

أولهما : أنه أجاز لكل ذي مصلحة أن يجبر من له حق طلب الإبطال أو ممثله القانوني على تحديد مصير التصرف خلال فترة قصيرة . حددها النص بستة أشهر ، فإذا انقضت هذه المهلة دون أن يجيز التصرف أو أن يرفع دعوى الإبطال سقط حقه ، وبالتالي يصح التصرف[٣١] .

والعامل الآخر : أنه أجاز للشركة أو لأحد الشركاء أن يحل محل الشريك صاحب حق الإبطال بشراء حصته في الشركة ، وبهذا يتوقى حكم الإبطال[٣٢] .

١ ـ فالاقتراح المقدم للمحكمة يتعلق بالجانب الإجرائي في النزاع ، إنه يزيل مصلحة المدعى فيجعل دعوى الإبطال غير مقبولة شكلا ، ويحل محلها دعوى تصحيح action en régularisation ، أي اعتبار التصرف مطابقا للقواعد القانونية .

٢ ـ وحيث أن المدعي أقدم على طلب الإبطال لنقص في أهليته أو عيب في إرادته ، فالقانون لا يجبره على الاستمرار في الشركة ، بل يخرجه منها ما

---

(٣٠) تضمنت نفس الحكم المادة ٣٦٥ من قانون الشركات التجارية الفرنسي ، الصادر في ٢٤ يوليه ١٩٦٦ .

(٣١) يكيف بعض الفقه هذا الإجراء بأنه إجازة للتصرف القابل للإبطال ، من ذلك :

— Dupeyron; La régularisation des actes nuls, Paris 1973, p. 123, no. 175.
— Temple; Les sociétés de fait, Paris 1975, p. 257, no. 426.

(٣٢) — Ripert et Roblot; Traité élémentaire de droit commercial, Paris 1980, t. 1, p. 527, no. 757.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

دام العيب لم يزل قائما به ، وباستبعاد هذا الشريك يزول سبب الإبطال ، فيستقر وجود التصرف .

٢٧ ـ ٣ ـ الإجازة المفترضة في مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي :

تنص المادة الثامنة من المشروع التمهيدي للجنة تنقيح القانون المدني الفرنسي على أنه : يجوز لكل ذي مصلحة ، لدى توافر شروط الإجازة ، أن يعذر من له حق طلب إبطال التصرف أو إجازته ، ليختار خلال مدة لا تقل عن سنة [٣٣] وقد أدخلت لجنة المراجعة على هذه المادة عدة تعديلات تجعلها أقرب إلى التطبيق العملي وأقدر على مواجهة الغرض الذي أنشئت من أجله ، فأقرتها تحت رقم ٦١ بالصيغة التالية : يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق طلب إبطال التصرف أو إجازته ، ليختار خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ، من غير أن يترتب على ذلك زيادة في مدة التقادم المنصوص عليها في المادة ٦٢ . ويعتبر عدم الاختيار ، في المدة المشار إليها ، إجازة[٣٤] .

٢٨ ـ وأول ما يلفت النظر في هذا الشأن أن صيغة المادة الثامنة توجب على من وضع في حالة إعذار أن يختار ، خلال مدة لا تقل عن سنة ، واحدا من أمرين : إجازة التصرف ، أو طلب الإبطال[٣٥] . وبهذا الموقف يكون المشروع قد حقق رغبة لدى بعض الفقه الذي يطالب بتقرير الدعوى

---

(٣٣) — Travaux de la commission de réforme du code civil, Année 1946/1947, Paris Sirey 1948, p. 53: «Art. 8-Lorsque les conditions de la confirmation sont réunies, celui qui a qualité pour demander l'annulation de l'acte ou pour confirmer celui-ci, peut être mis en demeure par tout intéressé d'opter dans un délai qui ne peut être inférieur à un an».

(٣٤) — Travaux ... op. cit... Année 1947/1948, p. 75: «Art. 61-Tout intéressé peut mettre en demeure celui qui à qualité pour demander l'annulation de l'acte ou le confirmer, d'opter dans un délai qui ne peut être inférieur à trois mois, sans qu'il puisse en résulter une prolongation de délai de prescription prévu à l'article 62. Le défaut d'option dans le délai susvisé vaut confirmation».

(٣٥) — Travaux ..., op.cot., p. 75: «L'article 8 «Partie générale» premet de contraindre celui qui à qualité pour demander l'annulation d'un acte ou le confirmer de prendre parti dans un certain délai.»

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الاستفهامية ، في حالات معينة ، بنص قانوني ، لوضع نهاية لعدم استقرار المراكز القانونية ، نتيجة طول المدة المقررة في القانون الفرنسي لتقادم دعوى الإبطال[٣٦] . فهذه المدة كانت تقدر ، أثناء وضع هذا المشروع ، بعشر سنوات تبدأ من بلوغ القاصر سن الرشد أو من زوال عيب الإرادة ؛ فيمكن بذلك أن تطول لتصل إلى ثلاثين سنة ، مدة التقادم العادي .

٢٩ - وبيان ذلك أن الدعوى الاستفهامية Action interrogatoire ، «وهي الدعوى التي يرفعها شخص على آخر يمنحه القانون خيارا بين أمرين في ميعاد معين ، وذلك ليطالبه بأن يحدد موقفه ويختار أحد الأمرين قبل انقضاء الميعاد القانوني»[٣٧] ، كانت جائزة في ظل القانون الفرنسي القديم «في حالة قائمة على الرغبة في تقصير مهل المراجعة التي كانت طويلة ومن مصلحة المحكوم له أن ينذر المحكوم عليه فيما إذا كان يريد أن يطعن في الحكم ، وهذا يؤدي إلى حرمان صاحب الاختبار من حق منحه إياه القانون»[٣٨] .

ويبدو أن بعض القضاء ، في ظل القانون الحالي ، قد استصحب هذا الحكم[٣٩] ، مما دعا غالبية الفقه إلى الوقوف موقف الرفض والمطالبة بعدم قبول هذه الدعوى ، تأسيسا على أنها تصادر حرية بعض الأشخاص في ممارسة حق منحه إياه القانون[٤٠] .

---

(٣٦) — Travaux ..., op.cit., p. 75: «Il a pour but de mettre fin à l'incertitude d'une situation dont la prolongation pourrait nuire à la sécurité du commerce juridique.

(٣٧) وجدى راغب ، مذكرات في مبادىء القانون المدني الكويتي (المرافعات ١) ، على الآلة الكاتبة ، ١٩٨٢ ، ص ٥٢ .

(٣٨) خليل جريج ، محاضرات في نظرية الدعوى ، بيروت ١٩٨٠ ، ص ١٩٠ .

(٣٩) محكمة استئناف بوردو ، ٣٠ نوفمبر ١٨٣١ (S. 1832. II. 632-633)

(٤٠) — Demolombe; Cours de code Napoléon, Paris 1870, T. 4, No. 346.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

وعلى الرغم من أن فقه المرافعات يكاد يجمع على عدم قبول الدعوى الاستفهامية تأسيسا على عدم توافر شرط المصلحة ، أو على أن المصلحة هنا غير قانونية[٤١] ، إلا أن بعض فقهاء القانون المدني[٤٢] ، وكثيرا من شراح القانون التجاري[٤٣] ، يطالبون بقبول هذه الدعوى في بعض الحالات التي تقتضيها اعتبارات خاصة ، على أن يكون قبولها في هذه الحالات مقررا بنص القانون .

٣٠ ـ أما المادة ٦١ من المشروع النهائي فقد أوردت تعديلا ذا ثلاث شعب :

١ ـ إذ أنها لا توجب الاختيار على من وضع في حالة إعذار ، فإن أراد أن يجيز فله ذلك ، وإن أراد إبطال التصرف فعليه أن يرفع الدعوى خلال المهلة المحددة في الإعذار ، وهو بهذا لا يكون مجبرا على اتخاذ موقف إيجابي .

٢ ـ تحديد مدة الإعذار بأقصر ما يمكن أن تكون المدد القانونية ، فهي ثلاثة أشهر على الأقل ، بعكس المدة المقررة في المادة الثامنة ، فإنها سنة على الأقل .

---

(٤١) خليل جريج ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ ـ ١٩٢ . عبد الحميد أبو هيف ، المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ١٩٢١ ، ص ٣٢٨ . عبد المنعم الشرقاوي وعبد الباسط جميعي ، شرح قانون المرافعات الجديد ، دار الفكر العربي (د . ت) ، ص ٤٣ . محمد نعيم ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، منشورات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية (د . ت) ، القسم الأول ص ٣٢٤ ـ ٣٢٥ . وجدي راغب ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(٤٢) — Aubrey et Rau; Cours de droit civil français 4° ed., t. 6, p. 524.
— Ripert et Boulanger; Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, cité in: Travaux..., op.cit., (1946-1947), p. 53.

(٤٣) — Lyon-Caen et Renault; Traité de droit commercial, 5° ed., Paris 1929, t. 2, 2° vol., no. 81. -Ripert et Roblot; Traité élémentaire de droit commercial, 10° éd., 1980, t.1, p. 526-527. contra.: Hamel, Lagarde et Jauffret; Traité de droit commercial, Paris 1966, t.1, no. 456.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

٣ ـ يعتبر عدم الاختيار ، خلال مدة الإعذار ، إجازة للعقد القابل للإبطال ، أي إجازة مفترضة بقرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس .

٣١ ـ والخلاصة مما تقدم : أن مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي قد وضع إجراء مستوحى من الدعوى الاستفهامية، تصور أنه يحقق الاستقرار للعقد القابل للإبطال ، ويتضح كالآتي : يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له الحق في إجازة العقد أو في طلب إبطاله ، ليحدد مصير هذا العقد خلال مدة معينة . وحينئذ ينحصر موقف من وضع في حالة إعذار في أمر من ثلاثة : إما أن يجيز العقد ، وذلك باستيفاء الشروط واتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني . وإما أن يطلب الإبطال ، وذلك بمباشرة دعوى إبطال التصرفات وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات . وإما أن يتخذ موقفا سلبيا ، فلا يعلن عن إرادته حتى تنقضي المهلة الممنوحة له ، وفي هذه الحالة يعتبر المشروع سكوته بمثابة إجازة للعقد .

المبحث الثاني
موقف الفقه الإسلامي إزاء عدم استقرار العقود

٣٢ ـ ينقسم العقد ، في الفقه الإسلامي ، إلى عقد صحيح وعقد غير صحيح .

١ ـ **العقد الصحيح** : هو «ما استجمع أركانه وشرائطه بحيث يكون معتبرا شرعا في حق الحكم»(٤٤) . ثم إنه ينقسم قسمين : عقد نافذ وعقد موقوف .

أ ـ فالعقد الصحيح النافذ : هو الذي يصدر من شخص له ولاية

---

(٤٤) التفتازاني ، شرح التلويح على التوضيح ، طبعة محمد علي صبيح ، القاهرة (د .ت) ، جـ ٢ ص ١٢٣ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

إصداره[٤٥] ، وحينئذ يستتبع آثاره فتترتب عليه[٤٦] . وهو يكون لازماً ويكون غير لازم :

ـ فهو يكون لازماً إذا كان «لا يرتفع إلا بالإقالة»[٤٧] ، أي لا يجوز لأحد العاقدين أن يستقل بفسخه .

ـ ويكون غير لازم إذا جاز لأحد الطرفين أن يستقل بفسخه[٤٨] ، إما لطبيعة التصرف كعقد الوكالة ، وإما لوجود أحد الخيارات الأربعة (خيار الشرط، خيار التعيين، خيار الرؤية، خيار العيب) .

ب ـ والعقد الموقوف: هو الذي يبرمه شخص ليس له ولاية إنشائه، لأنه يمس حقا للغير، وحينئذ لا ينفذ ولا ينتج أثره إلا إذا أجازه ذلك الغير. ويأخذ بالعقد الموقوف من الفقهاء: الأحناف[٤٩] والمالكية[٥٠] وبعض الشافعية[٥١] وبعض الحنابلة[٥٢] أما البعض الآخر من الشافعية[٥٣] والحنابلة[٥٤] فإنهم يحكمون ببطلان هذا النوع من العقود.

٣٣ ـ ٢ـ العقد غير الصحيح : يكون العقد غير صحيح لعدم وجوده شرعا «بطلان»، أو لعدم سلامته من صفة نهي الشارع عنه لأجلها «فساد»[٥٥] .

---

(٤٥) على الخفيف ، مختصر أحكام المعاملات الشرعية ، القاهرة ١٩٤٩ ، ص ١٤٢ .
(٤٦) التفتازاني ، المرجع السابق ، نفس الموضع .
(٤٧) الكاساني ، بدائع الصنائع ، القاهرة ١٩١٠ ، جـ ٥ ص ٣٠٦ .
(٤٨) الكاساني، المرجع السابق، نفس الموضع .
(٤٩) الكاساني، نفس المرجع، جـ ٥ ص ١٤٨ .
(٥٠) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، القاهرة (د.ت)، جـ ٢ ص ١٤٣ .
(٥١) النووي، المجموع شرح المهذب، القاهرة (د.ت) ، جـ ٩ ص ٢٨٢ .
(٥٢) ابن قدامة «موفق الدين» ، المغني، الطبعة الثالثة، القاهرة ١٣٦٧ هـ ، جـ ٤ ص ٢٠٥ .
(٥٣) النووي، المرجع السابق، نفس الموضع .
(٥٤) البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع ، المطبعة العامرة ١٣١٩ هـ ، جـ ٢ ص ١١ .
(٥٥) على الخفيف، المرجع السابق، ص ١٣٨ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

أ ـ فالعقد الباطل: هو «ما كان فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة، إما لانعدام معنى التصرف كبيع الميتة والدم، أو لانعدام أهلية المتصرف كبيع الصبي والمجنون»[٥٦]. والعقد الباطل لا ينتج أثرا، لا فيما بين طرفيه ولا في مواجهة الغير.

ب ـ والعقد الفاسد: «هو ما شرع بأصله دون وصفه»،[٥٧] أي أن الشارع لا يقر انعقاده لصفة عرضت له نهي عنه لأجلها، مثل البيع بثمن معلوم، ولكنه مؤجل إلى أجل مجهول. والعقد الفاسد ينبغي فسخه، إلا إذا اقترن بالقبض واحد من أمرين[٥٨]:

ـ تغير صورة المعقود عليه، كما لو باع قمحا فطحنه المشتري.

ـ تعلق حق للغير به، كما لو وهب المشتري الشيء المبيع.

والذي يأخذ بالعقد الفاسد من الفقهاء: الأحناف، وذلك في مجال التصرفات القانونية عدا عقد الزواج، إذ أن فاسده وباطله لديهم سواء[٥٩]. كما يأخذ به الشافعية على سبيل الاستثناء، وفي تصرفات محددة[٦٠]. أما المالكية[٦١] والحنابلة[٦٢] فلا يفرقون بين التصرف الفاسد والتصرف الباطل، بل يجعلونهما مرتبة واحدة.

٣٤ ـ يتضح من هذا العرض الموجز أن تدرج العقود، من حيث الصحة والبطلان، لا يتضمن عقدا يقابل العقد القابل للإبطال، في القانون الوضعي، ولذا ينبغي أولا أن نبحث كل حالة تناولها العقد القابل للإبطال لنبين حكمها الفقهي، ثم نستعرض الحلول التي قدمتها التشريعات العربية المستمدة من الفقه الإسلامي.

---

(٥٦) التفتازاني، التلويح على التوضيح، جـ ٢ ص ١٢٣.

(٥٧) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٥ ص ٣٠٤.

(٥٨) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٥ ص ٣٠٠.

(٥٩) الكاساني، نفس المرجع، جـ ٢ ص ٣٥٥.

(٦٠) السيوطي، الأشباه والنظائر، القاهرة ١٩٥٩، ص ٢٨٦.

(٦١) الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، القاهرة (د.ت) جـ ٣ ص ٥٣.

(٦٢) ابن قدامة «شمس الدين»، الشرح الكبير على متن المقنع، بيروت ١٩٧٢، جـ ٤ ص ٥٦.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

٣٥ ـ أولا ـ حالات العقد القابل للإبطال وحكمها في الفقه الاسلامي .

ينتظم العقد القابل للإبطال، بحسب الأصل، حالتين أساسيتين: نقص الأهلية، وعيوب الإرادة[٦٣] .

٣٦ ـ ١ـ نقص الأهلية: يكون الشخص ناقص الأهلية لصغره أو للحجر عليه.

أ ـ ناقص الأهلية للصغر: وهو ما يعرف بالصبي المميز، وغالبا ما يكون قد بلغ السابعة من عمره دون أن يصل الى حد البلوغ. وتعتبر تصرفاته النافعة له صحيحة، وتصرفاته الضارة به باطلة، أما تصرفاته التي تدور بين النفع والضرر فإنها تنعقد صحيحة موقوفة عند الأحناف[٦٤] والمالكية[٦٥]، وهي صحيحة عند الحنابلة إذا أذن بها الولي قبل إجرائها[٦٦] ، أما الشافعية فيحكمون ببطلان هذه التصرفات[٦٧] .

ب ـ ناقص الأهلية للحجر: يرى جمهور الفقهاء الحجر على المعتوه[٦٨] والسفيه[٦٩] حماية لهما وحفاظا على مصالحهما. وتأخذ تصرفاتهما حكم تصرف

(٦٣) — Dalloz; Rép. Civ., 2° éd., Nullité, par Ponsard et Blondel, nos 14-17. Gaudemet; Théorie générale des obligations, Sirey 1965, P. 141-160. - Ghestin; cit., p. 629-644

اسماعيل غانم ، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٦٦ . ص ٢٧٥/٢٧٦ . عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، باعتناء محمد الألفي، الكويت ١٩٨٢، ص ١٠٢٠، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ ١ ص ٥٤١ مع هامش ١ . عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٤٥٥/٤٥٦ . عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٣٧٧ . عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، بيروت ١٩٧٤، ص ٣٩٤ .

(٦٤) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٧ ص ١٧١ .

(٦٥) الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، القاهرة ١٣٢٨ هـ ، جـ ٥ ص ٦١ .

(٦٦) ابن قدامة، المغني، جـ ٦ ص ٥٢٦ .

(٦٧) النووي، المجموع ، جـ ٩ ص ١٥٨ .

(٦٨) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، القاهرة ١٣١٣هـ ، جـ ٥ ص ١٩١ . الحطاب، المرجع السابق، جـ ٥ ص ٥٨ .

(٦٩) الزيلعي، المرجع السابق، جـ ٥ ص ١٩٢ . الحطاب، المرجع السابق، جـ ٥ ص ٧٤ ، =

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الصبي المميز، أي أنها إن كانت دائرة بين النفع والضرر تنعقد صحيحة موقوفة عند الأحناف والمالكية، وتقع باطلة عند الشافعية .

٣٧ ـ عوامل الاستقرار في العقد الموقوف: تمثل فكرة توقف العقود، في حد ذاتها، عامل استقرار للمعاملات، ذلك أن عدم استقرار التعامل مرده الى عنصر المفاجأة الذي يضع المتعاقد الآخر تحت رحمة ناقص الأهلية أو من يمثله قانونا، بماله من حق إبطال العقد الساري في أي وقت، والأمر غير ذلك في العقد الموقوف، فعلى الرغم من وجوده القانوني، إلا أنه قبل الإجازة يأخذ حكم العقد الباطل(٧٠) من حيث أنه لا ينتج أي أثر. وهكذا يقوم العقد الموقوف بوظيفة مزدوجة: حماية ناقص الأهلية بعدم جواز إجباره على تنفيذ العقد، وتجنب مفاجأة المتعاقد الآخر لعدم وجود عقد نافذ يمكن إبطاله وإزالة آثاره(٧١) .

٣٨ ـ ٢ـ عيوب الارادة: تتفق القوانين الوضعية على عيوب ثلاثة يمكن أن تشوب الإرادة: الغلط، والتدليس، والإكراه. والأمر غير ذلك في الفقه الاسلامي، حيث ينعقد الإجماع على اعتبار الإكراه يعيب الإرادة، أما الغلط والتدليس فعلى الرغم مما لهما من تأثير على العقد، في كثير من الحالات، إلا أنهما لا يعتبران من عيوب الإرادة وفقا لمفهوم هذا الاصطلاح في القانون الوضعي .

= الشافعي، الأم، القاهرة ١٣٢٥ هـ ، جـ ٣ ص ١٩٤ . ابن قدامة، المغني، جـ ٤ ص ٥٢٥ .

(٧٠) شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية ، القاهرة ١٩٣٦ ، ص ١٥٨/١٥٩ . عبد الرازق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، القاهرة ١٩٦٧ ، جـ ٤ ص ٢٧٦ .

(٧١) قرب المادة ١٠٨ من القانون المدني الألماني، فقرة ٢٣ من هذا البحث .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

٣٩ ـ أ ـ الإكراه: إذا توافرت الشروط اللازمة لاعتبار الإكراه عيبا[٧٢] يشوب الإرادة، دون أن يعدمها، فإنه يؤدي الى جعل العقد فاسدا، على الرأي الراجح في المذهب الحنفي[٧٣]. وإلى اعتباره غير لازم، عند المالكية[٧٤] أما الشافعية[٧٥] والحنابلة[٧٦] فإنهم يحكمون ببطلان العقد الصادر تحت تأثير الإكراه .

٤٠ ـ عوامل استقرار العقد الفاسد بسبب الإكراه: العقد الفاسد للإكراه عقد غير صحيح، ولكل من طرفيه أن يتحلل منه قبل القبض، وهذا حكم لا يدع مجالا لعنصر المفاجأة لدى أي من الطرفين، ما دام يعلم منذ البداية أن عقده على خطر الزوال. أما بعد القبض فيقتصر حق إبطال العقد أو إجازته على المكره (بالفتح)، فإذا اختار الإبطال بطل العقد بأثر رجعي، وإذا أجاز صح العقد بأثر رجعي كذلك. أما المكره (بالكسر) فقد لزم العقد في حقه بالقبض لسلامة إرادته، وعليه ان يتربص، أولا، حتى يزول الإكراه، ثم يتربص بعد ذلك إلى أن يجد غريمه فرصة مواتية لإجازة العقد أو فسخه. وهو إزاء ذلك لا يجد وسيلة تمكنه من وضع حد لهذا المركز القلق، إذ أن حماية من تعاقد وسلم المعقود عليه تحت تأثير الإكراه أولى من رعاية استقرار هذا النوع من التعامل.

٤١ ـ ب ـ الغلط: تتصل فكرة الغلط، في الفقه الاسلامي، بمحل العقد أكثر من اتصالها بالتراضي، ولهذا يتعرض له الفقهاء في معرض حديثهم

---

(٧٢) السرخسي، المبسوط شرح الكافي، القاهرة ١٣٣١ هـ، جـ ٢٤ ص ٣٨ وما بعدها. الحطاب، مواهب الجليل، جـ ٤ ص ٢٤٨ وما بعدها. النووي، المجموع، جـ ٩ ص ١٦٠ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، جـ ٥ ص ٢٧٣ وما بعدها، وجـ ٨ ص ٢٥٩.

(٧٣) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٧ ص ١٨٧، وما بعدها.

(٧٤) الدسوقي، المرجع السابق، جـ ٣ ص ٦.

(٧٥) الشافعي، الأم، جـ ٣ ص ٢١٠.

(٧٦) المرداوي، الإنصاف لمعرفة الراجح من الخلاف، القاهرة ١٣٧٤ هـ، جـ ٤ ص ٢٦٥.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

عن الخيارات (خيار الرؤية، خيار الوصف، خيار العيب)، مما يجعل من الصعب اعتبار الغلط عيبا يشوب الإرادة بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح[٧٧]، وعلى أية حال، فإن جمهور الفقهاء يرون أن الغلط في الصفات الجوهرية لموضوع العقد يجعل هذا العقد باطلا لانعدام محله، أما إذا ورد الغلط على صفات ثانوية فإن العقد يكون صحيحا ونافذا إلا أنه يكون غير لازم[٧٨].

٤٢ ـ عوامل استقرار العقد غير اللازم بسبب الغلط: يجوز لمن يقع في هذا النوع من الغلط، بعد أن يكتشفه، أن يختار إمضاء العقد أو فسخه، وقد يؤدي ذلك إلى زعزعة استقرار التعامل، وخاصة إذا جاء الاختيار بعد فترة طويلة تم خلالها ترتيب حقوق للغير. وقد واجه الفقه الاسلامي هذه المشكلة بتوسعة نطاق أسباب سقوط الخيار: فهو يسقطه بهلاك المحل هلاكا كليا أو جزئيا، أو بتغيره قبل الاختيار، ويسقط حق الخيار كذلك بتصرف صاحبه في المحل، لأنه يدل على إجازة العقد من جهة، ولحماية حق من تعاقد معه من جهة أخرى، وهذه كلها عوامل في سبيل الاستقرار النسبي للعقد غير اللازم.

٤٣ ـ جـ ـ التدليس: العقد الذي أبرم بناء على استعمال طرق احتيالية (تغرير فعلي) يخول من وقع ضحيته الخيار بين أن يفسخ العقد أو أن يبقى عليه[٧٩]. أما اذا كان التدليس نتيجة كذب أو كتمانٍ (تغرير قولي) فلا يكون لمن وقع ضحيته حق الخيار إذا لم يصاحبه غبن فاحش[٨٠]، إلا إذاكان العقد

(٧٧) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٥ ص ١٣٩ وما بعدها. الحطاب، مواهب الجليل جـ ٤ ص ٤٦٦ وما بعدها. الشيرازي، المهذب، القاهرة ١٣٤٣ هـ، جـ ١ ص ٢٨٢ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، جـ ٤ ص ٢٣٨ وما بعدها.

(٧٨) شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص ١٥٥ فقرة ١٧٨.

(٧٩) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، القاهرة ١٣٢٤ هـ، جـ ٤ ص ١٤٩. الحطاب، مواهب الجليل، جـ ٤ ص ٤٣٧/٤٣٨. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، القاهرة ١٩٦٧، جـ ٤ ص ٧٣/٧٤. ابن قدامة، الشرح الكبير، جـ ٤ ص ٨٠/٨١.

(٨٠) ابن عابدين، الدر المختار، جـ ٤ ص ٢٤٧ ـ ٢٥٠. الخطاب، مواهب الجليل، جـ ٤ ص ٤٣٨. الشيرازي، المهذب، جـ١ ص ٢٩٢. ابن قدامة، الشرح الكبير، جـ ٤ ص ٧٩.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

يتعلق بما يسميه الفقهاء «بياعات الأمانة»، فإن مجرد التغرير القولي فيها يؤدي إلى ثبوت حق الخيار للمدلس عليه[٨١]. وفي جميع الحالات يكون العقد صحيحا ونافذا غير لازم .

٤٤ ـ عوامل استقرار العقد غير اللازم بسب التدليس: يجوز لضحية التدليس، بعد ان يكتشفه، أن يختار فسخ العقد أو إمضاءه، دون تحديد مدة لإجراء هذا الاختيار، مما قد يؤدي الى عدم استقرار المراكز المكتسبة .

وقد واجه الفقه هذه المشكلة بعاملي استقرار: يتمثل أولهما في تلمس الأسباب لإسقاط حق الخيار؛ فالتصرف في محل العقد يسقط الخيار، وهلاك المحل أو تغيره يسقط الخيار، وفي ذلك ضمان نسبي لاستقرار التعامل وحماية الغير الذي كسب حقا على العين. ويتمثل الآخر فيما يراه بعض الفقهاء من عدم جواز فسخ العقد للتدليس، ويكتفون بإثبات حق المدلس عليه في الرجوع على غريمه بدعوى إنقاص الثمن[٨٢] ، أو الرجوع على الغير المدلس لتعويض ما لحقه من ضرر[٨٣] ، وذلك دون مساس بالعقد .

٤٥ ـ ثانيا: الحلول التي قدمتها التشريعات المستمدة من الفقه الاسلامي:

نحاول فيما يلي أن نكشف عن بعض عوامل استقرار العقود المتقلقلة في التشريعات العربية الحديثة التى استمدت من الفقه الاسلامي، وهي: القانون

---

(٨١) الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٥ ص ٢٢٣ . الخطاب، مواهب الجليل، جـ ٤ ص ٤٨٨ وما بعدها. الرملي، نهاية المحتاج، جـ ٤ ص ١٠٤ وما بعدها. ابن قدامة، المغني، جـ ٤ ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٨٢) ابن عابدين، رد المحتار، جـ ٤ ص ١٤٩ . الخطاب، مواهب الجليل، جـ ٤ ص ٤٣٧ / ٤٣٨. الرملي، نهاية المحتاج، جـ ٤ ص ٧٣/٧٤ .

(٨٣) ابن عابدين، الدر المختار، جـ ٤ ص ٢٤٧ـ٢٥٠ . الكاساني، بدائع الصنائع، جـ ٧ ص ٢٠١ . البغدادي، مجمع الضمانات، القاهرة ١٣٠٨ هـ، ص ٤٥٤ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ، والقانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ، ومشروع قانون المعاملات المدنية المصري الذي أقرته لجنة تقنين أحكام الشريعة الاسلامية بمجلس الشعب في ١ / ٧ / ١٩٨٢ ، وقانون المعاملات المدنية السوداني رقم ٦ لسنة ١٩٨٤ .

٤٦ - ١ - القانون المدني العراقي :

أخذ المشرع العراقي فكرة العقد الموقوف من الفقه الاسلامي ، وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال فيما يتعلق بنقص الأهلية بسبب الصغر (م ١/٩٧) أو العته (م ١٠٧) أو السفه (م١٠٩/١) أو الغفلة (م ١١٠). كما أحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال فيما يتعلق بعيوب الإرادة : الإكراه (م ١١٥) والغلط (م ١١٧ ، ١١٨) والتغرير مع الغبن (م ١٢١ / ١) . وبناء على ذلك : «إذا انعقد العقد موقوفا لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير، كما أن له أن يجيزه . . .»[٨٤] .

ولم يشأ القانون المدني العراقي أن يبقى العقد الموقوف غير نافذ لمدة طويلة حفاظا على استقرار التعامل، لذا حدد مدة قصيرة لاستعمال حق الإجازة أو النقض، فنص في المادة ١٣٦ / ٢ على أنه : «يجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذا».

٤٧ - ٢- **القانون المدني الأردني** : أ - نقص الأهلية : أخذ القانون المدني الأردني، عن مجلة الأحكام العدلية، فكرة العقد الموقوف بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر التي يبرمها الصبي المميز (م ١١٨ / ٢) أو المعتوه (م ١٢٨ / ١) وتلك التي يبرمها السفيه أو ذو الغفلة بعد إعلان قرار الحجر عليهما (م ١٢٧ / ٣ ، م ١٢٩ / ١) . وقد بينا فيما سبق أن الأخذ بفكرة توقف

(٨٤) المادة ١٣٤ / ١ مدني عراقي .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

العقود عن أن تنتج أي أثر قانوني قبل الإجازة يمثل عامل استقرار يحمي ناقص الأهلية ويجنب المتعاقد معه عنصر المفاجأة . يضاف الى ذلك أن نص المادة ١٧٣ / ٢ يقضي بأن «يعتبر السكوت إجازة إن دل على الرضا عرفا» ، وفي تعليقها على هذه المادة بينت المذكرة الإيضاحية أن المشروع أخذ بالمذهب المالكي من حيث المبدأ، مع عدم تحديد مدة، وترك الأمر للقاضي يستنتج الرضا من السكوت حسب واقع الدعوى وفقا لأعراف الناس .

٤٨ ـ ب ـ **عيوب الرضا**: اعتبر المشرع الأردني الإكراه، والتغرير والغبن ، والغلط عيوبا تشوب الرضا، غير أنه لم يوحد الجزاء عليها، فقرر في المادة ١٧١ متابعة الفقيه الحنفي «زفر» الذي يرى أن العقد المبرم تحت تأثير الإكراه يكون موقوفا على إجازة المكره أو ورثته، بعد زوال الإكراه .

كما قرر في المادة ١٤٥ أن التغرير بمفرده أو الغبن الفاحش بمفرده لا ينهض عيبا يشوب الرضا، بل ينبغي اجتماعهما ، وحينئذ يكون لمن غرر به فسخ العقد، أي أن العقد في هذه الحالة يكون غير لازم . وقد أورد هذا القانون عامل استقرار لهذا العقد غير اللازم حين نص في المادة ١٥٠ على أنه: «يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ ، وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الإجازة ، وبهلاكه عنده، واستهلاكه، وتعيبه، وزيادته » .

كذلك أثبت، في المادة ١٥٣ ، للمتعاقد الذي وقع في الغلط حق الفسخ ، فهو قد أخذ هنا أيضا بفكرة العقد غير اللازم ، وحفاظا على استقرار التعامل نص في المادة ١٥٦ / ٢ على أن من وقع في الغلط «يبقى ملزما بالعقد الذي قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد» .

٤٩ ـ ٣ ـ مشروع قانون المعاملات المدنية المصري:

أحل مشروع قانون المعاملات المدنية المصري فكرة العقد الموقوف محل

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

فكرة العقد القابل للإبطال فيما يتعلق بنقص الأهلية وعيوب الإرادة، فمنح ناقص الأهلية ومعيب الإرادة الحق في إبطال هذا العقد الموقوف أو إجازته. غير أن المشروع وضع عاملين على طريق استقرار هذا العقد، حتى لا يظل عدم نفاذه قائما مدة طويلة، مما يؤدي الى تزعزع المراكز القانونية.

٥٠ ـ **فالعامل الأول**: يتمثل في تحديد مدة تقادم لا تسمع الدعوى بعد انقضائها، إذ «١ ـ يسقط الحق في إبطال العقد الموقوف إذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال ثلاث سنوات. ٢ ـ ويبدأ سريان هذه المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب. وإذا كان سبب التوقف الغلط أو التدليس أو الإكراه أو الاستغلال، فمن اليوم الذي ينكشف فيه العيب أو يزول . . . ٣ ـ وفي كل حال لا يجوز التمسك بالحق في الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد»[٨٥].

٥١ ـ **والعامل الثاني**: يتمثل في تقرير الدعوى الاستفهامية بنص المادة ١٢٩ / ٣ الذي يقضي بأنه: «اذا سكت من شرع توقف العقد لمصلحته عن إعلان موقفه خلال مهلة أعطيت له من الطرف الآخر، لا تقل عن ثلاثة أشهر، اعتبر سكوته إجازة».

٥٢ ـ ٤ ـ **قانون المعاملات المدنية السوداني**:

تبنى قانون المعاملات المدنية السوداني فكرة العقد الموقوف[٨٦]، وأحلها محل فكرة العقد القابل للإبطال بالنسبة لتصرفات الصغير المميز الدائرة بين

---

(٨٥) المادة ١٣٠ من المشروع.

(٨٦) يستعمل هذا القانون، في بعض الحالات، اصطلاح التصرف «القابل للإبطال» ويعني به التصرف «موقوف النفاذ». قانون المواد ٢/٥٥، ٢/٦٣، ١/٦٧، ١/٦٩ بالمواد ٨٧، ٨٨، ٨٩، ٩٠.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

النفع والضرر (م ٥٥ / ٢) وتصرفات السفيه وذي الغفلة (م ٥٩ / ١)، كما أخذ بها كجزاء لعيوب الإرادة: الغلط (م ٦٣ / ٢) والتدليس (م ٦٧ / ١) والإكراه (م ٦٩ / ١).

أما «الغرر والغبن» فقد طبق عليه فكرة العقد غير اللازم ، وأعطى لمن تعاقد بغبن فاحش تحت تأثير التغرير حق فسخ العقد (م ٧٣ ، م ٧٥)

٥٣: عوامل استقرار العقود في قانون المعاملات المدنية السوداني:

أ ـ العقد غير اللازم للتغرير والغبن: نص المشرع السوداني في المادة ٧٧ على أنه: «يسقط الحق في الفسخ بالتغرير والغبن الفاحش ويلزم العقد بموت من له الحق في الفسخ، وبالتصرف في المعقود عليه كله أو بعضه تصرفا يتضمن الإجازة، وبهلاكه عنده، واستهلاكه، وتعييبه، وزيادته» ، وواضح أن هذا النص مطابق لنص المادة ١٥٠ من القانون المدني الأردني .

٥٤ ـ ب ـ العقد الموقوف: استخدم قانون المعاملات المدنية السوداني أسلوبين لضمان استقرار التعامل، حتى لا يظل العقد الموقوف غير نافذ مدة طويلة:

الأول: أنه يسقط الحق في إبطال العقد الموقوف إذا لم يتمسك به من شرع التوقف لمصلحته خلال خمس سنوات (م ٩٠ / ١). وقد حددت الفقرة الثانية من هذه المادة بدء سريان السنوات الخمس بقولها: «إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية يبدأ سريان هذه المدة من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد، وإذا كان التوقف لسبب آخر ينص عليه القانون فمن اليوم الذي يعلم فيه من شرع التوقف لمصلحته بصدور العقد» ، أي أن هذه المدة تبدأ من بلوغ المميز سن الرشد، ومن يوم رفع الحجر عن السفيه وذي الغفلة .

٥٥ ـ ولكن متى يبدأ سريان المدة في حالات عيوب الإرادة؟ يقضي ظاهر النص بأن المدة تبدأ من وقت إبرام العقد، وهو اليوم الذي يعلم فيه معيب

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الإرادة، الذي شرع التوقف لمصلحته، بصدور العقد . وحيئذ يكون هذا النص مخصصا لعموم نص المادة ٨٨ / ٢ التي تقضي بأنه: «إذا كان العقد موقوفا لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال[٨٧] كانت إجازته للمتعاقد الذي شاب إرادته أحد هذه العيوب بعد انكشاف العيب أو زواله» . وبعبارة أخرى: إذا لم يتبين الغلط أو ينكشف التدليس أو يرتفع الإكراه خلال خمس سنوات من وقت العقد، سقط حق الإبطال ونفذ العقد.

٥٦ ـ ويلاحظ أن قانون المعاملات لم يضع حدا أقصى (مدة التقادم العادي) ينتهي اليه سماع الدعوى في حالة العقد الموقوف لنقص الأهلية أو لانعدام الولاية أو لسبب آخر ينص عليه القانون. فإذا لم يبلغ الصبي المميز، أو لم يرفع الحجر عن السفيه وذي الغفلة، أو لم يعلم المالك بصدور العقد حتى انقضت عشر سنوات على انعقاد العقد (مدة التقادم العادي)[٨٨] ، ظل العقد موقوفا طوال هذه الفترة، ثم يبدأ سريان مدة السنوات الخمس المقررة لسقوط الحق في الإبطال .

٥٧ ـ والأسلوب الثاني الذي استخدمه المشرع السوداني لضمان استقرار التعامل هو تقرير الدعوى الاستفهامية بنص المادة ٨٩ / ٣ : «إذا سكت من شرع توقف العقد لمصلحته عن إعلان موقفه، خلال مهلة أعطيت له من الطرف الآخر، لا تقل عن ثلاثة أشهر، اعتبر سكوته إجازة» ، وواضح أن هذا النص مطابق لنص المادة ١٢٩ / ٣ من مشروع قانون المعاملات المدنية المصري .

---

(٨٧) لم يورد المشرع السوداني «الاستغلال» ضمن عيوب الارادة، ولا يجوز أن يكون المقصود به «التغرير مع الغبن الفاحش» لأنه يجعل العقد نافذا غير لازم (م ٧٣) وليس موقوفا.

(٨٨) تنص المادة ٢/٩٢ «. . . على أنه لا تسمع دعوى البطلان بعد مضي عشر سنوات من وقت انعقاد العقد» .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الفصل الثاني
عوامل الاستقرار في القانون المدني الكويتي

٥٨ ـ واجه القانون المدني الكويتي حالة عدم الاستقرار الناجمة عن العقد القابل للإبطال بوسيلتين:

الأولى: وسيلة زمنية تتعلق بتحديد الفترة التي يظل فيها هذا العقد معرضا لخطر الزوال، وهي بحسب الأصل ثلاث سنوات، يبدأ سريانها في حالة نقص الأهلية من يوم اكتمالها، وفي حالة الغلط أو التدليس من يوم انكشافه، وفي حالة الإكراه من يوم زواله. وفي جميع الأحوال، يسقط الحق في إبطال العقد بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ إبرامه (م ١٨٣ / ١ ، ٢ ، ٣).

والثانية: وسيلة فنية، استحدثتها المادة ١٨٢ ، مستوحاة من نظام الدعوى الاستفهامية، تجيز لكل ذي مصلحة، بعد اتباع إجراءات معينة، أن يتعرف على رغبة صاحب حق الإبطال، خلال فترة عدم الاستقرار ، حتى يرتب أموره وفقا لما يراه مناسبا .

٥٩ ـ هذه الوسيلة الثانية ستكون موضع الدراسة في هذا الفصل، حيث يتناول المبحث الأول منه استحداث إجازة مفترضة بالمادة ١٨٢ ، وذلك بتحليل المادة إلى عناصرها المختلفة، مع بيان مجال إعمالها .

أما المبحث الثاني فنحاول فيه الكشف عن مدى ملاءمة حكم هذه المادة في علاج عدم الاستقرار للعقد القابل للإبطال .

المبحث الأول
الوسيلة الفنية المستحدثة في المادة ١٨٢ من القانون المدني

٦٠ ـ تنص المادة ١٨٢ مدني على أنه:

« ١ ـ يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد بوجوب إبداء رغبته في إجازته أو إبطاله ، خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الإعذار، من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة إلى المدة المقررة لسقوط الحق في الإبطال .

٢ ـ ولا يعتد بإعذار من له حق طلب الإبطال بسبب الغلط أو التدليس أو الإكراه، إلا إذا كان قد وجه بعد انكشاف الغلط أو التدليس أو زوال الإكراه. كما أنه لا يعتد بإعذار ناقص الأهلية، إلا إذا كان قد وجه اليه بعد اكتمال أهليته .

٣ ـ فإذا انقضى ميعاد الإعذار من غير اختيار، اعتبر ذلك إجازة للعقد» .

٦١ ـ ولكي تتضح معالم هذه المادة، ينبغي علينا ـ أولا ـ أن نحلل عناصرها المختلفة، ونكشف عن المعاني التي تتضمنها. ثم نستعرض ـ ثانيا ـ الصور المحتملة لتطبيق هذه المادة، ونبين كيفية إعمالها .

أولا: تحليل عناصر المادة ١٨٢ مدني

٦٢ ـ تضمنت الفقرة الأولى من المادة ١٨٢ أركان الإعذار وشروطه ، وذلك بتحديدها صاحب الحق في توجيهه، وإلى من يوجه، ومضمونه، وميعاده .

أما الفقرة الثانية فقد بينت الوقت الذي يبدأ منه توجيه الإعذار .

واقتصرت الفقرة الثالثة على ذكر الأثر القانوني المترتب على هذا الإعذار. ونفصل القول في ذلك تباعا .

٦٣ ـ **الإعذار** La mise en demeure : من معاني لفظه «أعذر» صار ذا عذر، وفي المثل: أَعْذَر من أَنْذَر[٨٩] ، أي أن من أبلغ أمرا تخاف عاقبته سقط عنه اللوم وعَذَرَه الناس فيما يصنع .

أما في لغة القانون ، فكلمة demeure مأخوذة عن الكلمة اللاتينية

---

(٨٩) الرازي، مختار الصحاح، بيروت ١٩٨١ ، ص ٤٢٠ ، ٦٥٣ . الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، القاهرة ١٩٥٠، جـ ٢ ص ٤٧، ٣٦٧ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

mora التي تعني: تأخير المدين تأخيرا يؤدي الى مسئوليته . والإعذار la mise en demeure وضع المدين في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه، حين يترتب على تأخره نتائج قانونية(٩٠) .

٦٤ ـ ولم تشر المادة ١٨٢ مدني إلى كيفية الإعذار، فيهتدي في ذلك بالقواعد العامة التي وردت في المادة ٢٩٨ مدني كويتي ونصها: «يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بورقة رسمية تقوم مقام الإنذار . كما يجوز أن يكون الإعذار بأية وسيلة أخرى يتفق عليها» . ويغلب ألا تكون هناك وسيلة أخرى يتفق عليها في إعذار صاحب الحق في إبطال العقد، فيجب إذن أن يكون الإعذار بتوجيه إنذار عن طريق مندوب الإعلان، أو أية ورقة رسمية تتضمن مطالبة من له حق إبطال العقد بإبداء رغبته في إجازته أو إبطاله خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر. ولا يكفي في الإعذار توجيه ورقة عرفية، ولو كانت في خطاب مسجل أو على شكل برقية مثلا .

٦٥ ـ صاحب الحق في توجيه الإنذار: عينت الفقرة الأولى من المادة ١٨٢ مدني صاحب الحق في توجيه الإنذار بقولها: «يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر . . .» ، وهذا النص من العموم بحيث يدخل فيه كل من له مصلحة في تحديد مصير العقد القابل للإبطال . فإذا بدأنا بتحديد هذه المصلحة نجد أن

---

(٩٠) محمود جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٧٣٠ وما بعدها . منصور مصطفى منصور، دروس في آثار الالتزام، ألقاها على طلبة كلية الحقوق بجامعة الكويت في الفصل الدراسي الأول ١٩٨٠/١٩٨١، ص ١٣٥ .

— Collomb; Demeure et mise en demeure en droit privé, Thèse Nice 1974. -Dalloz; Rép. Civ. 2° édition, V, mise en demure, par Perrot et Giverdon -F. David; De la mise en demure, Riv. Crit. législation et de jurisprudence, 1939, p.95 et s - Gaudemet; Théorie générale des obligations, Paris 1965, p. 384 - Marty et Raynaud, Droit civil, t.2, 1 vol. Paris 1962, p. 6677 et S. -H.L. et J. Mazeaud, Leçons de doirt civil, t 2, par de Juglart, Paris 1973, p. 649.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

أغلبية الشراح ترى أن المراد بالمصلحة هنا: الحق الذي يمكن أن يتأثر نتيجة لصحة العقد أو بطلانه[٩١] ، سواء أكانت هذه المصلحة مادية أم أدبية[٩٢] . وبناء على ذلك يمكن تقرير ما يلي:

٦٦ - أولا- يعتبر ذا مصلحة في توجيه الإنذار: المتعاقد الآخر الذي لا يجوز له أن يتمسك بصحة العقد أو إبطاله . وخلفه العام كالوارث ، والموصي له بجزء من التركة في مجموعها. وخلفه الخاص كالمشتري منه، والموصي له بعين في التركة ، والموهوب له، والدائن المرتهن ، وصاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق، والمحال اليه في حوالة الحق أو في حوالة الدين[٩٣] كذلك يعتبر

(٩١) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، باعتناء محمد الألفي، الكويت ١٩٨٢ ، ص ١٠١٩ . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، جـ ١ ، القاهرة ١٩٦٤ ، ص ٥٨٠/٥٨١ . عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، جـ ١ ، ١٩٨٣ ، ص ٤٦٩-٤٧٠ . عبد المنعم البدراوي، النظرية العامة للالتزامات، جـ ١ ، بيروت ١٩٦٨ ، ص ٣٨١-٣٨٢ . محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٢٤١-٢٤٢ . منصور مصطفى منصور، المصادر الارادية للالتزام، دروس على الآلة الكاتبة لطلبة كلية الحقوق بجامعة الكويت ١٩٨٣/١٩٨٤، ص ١٤٣ .

—Aubert; Le droit pour le créancier d'agir en nullité des actes passés par son débiteur, Rev. trim dr. civ. 1969, p.692, No. 13 et S. Dlloz; Rép. Cirv. 2° édition, Nullité, par Ponsard et Blondel, No. 34

— Gaudemet; op.cit., p. 168-169. - Ghestin; Traité de droit civil, les obligations, le contrat, Paris 1980, p. 654-659. Malaurie; Droit civil, 1981/1982, p. 347348. Marty et raynaud, op.cit., p. 182 - Mazeaud; op. cit. p. 265.

(٩٢) بونسار وبلوناديل، المرجع السابق، رقم ٣٤ .

(٩٣) يراجع في تحديد معنى الخلف العام والخلف الخاص ومركز الدائن العادي: حامد فهمي، حكم الاتفاقات المتعلقة بالأموال في حق الخلف بسبب خاص، مجلة المحاماة، السنة الثامنة، ص ٥٢٥ وما بعدها. السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٩٦ وما بعدها. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٨٢٥ وما بعدها . عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص ٥٣٧ وما بعدها. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص ٤٤٧ .

—Lepargneur; De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis, Rev. trim de droit civil, 1924, p. 481 et s - Malaurie; op.cit. p. 421 et s. Marty et raynaud; op.cit., p. 216 et S.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الدائن العادي لهذا المتعاقد ذا مصلحة في توجيه الإنذار ، سواء ألحق بالخلف العام أو بالخلف الخاص أو كان له مركز متميز عنهما[٩٤]. ويدخل في هذه الفئة أيضا الدائن العادي للمتعاقد الذي يملك الاختيار، حتى ولو كان من حقه طلب إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة، ذلك أن هذه الدعوى تتطلب إجراءات معقدة، فمن مصلحته قبل اللجوء إليها أن يتعرف على رغبة مدينه .

٦٧ ـ **ثانيا ـ لا يعتبر ذا مصلحة في توجيه الإنذار** : من يجوز له التمسك بإبطال العقد، لعدم الفائدة في تعرفه على قصد سلفه، وذلك كالخلف العام للمتعاقد الذي تقرر الابطال لمصلحته . وخلفه الخاص، كمن اشترى منه، بعقد صحيح، أثناء فترة الاختيار، نفس الشيء الذي كان قد باعه بالعقد القابل للإبطال. كما لا يعتبر ذا مصلحة في توجيه الإنذار من لا يحتج بإبطال العقد في مواجهته، كالخلف الخاص للمتعاقد الآخر، إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية (م ١٨٩ / ١) .

٦٨ ـ **ثالثا ـ الغير** penitus extraneus : يقصد بالغير هنا: «كل من لم يكن طرفا في العقد، ولا خلفا عاما لأحد طرفي العقد، ولا ممثلا في العقد بإحدى طرق النيابة التي يقررها القانون، ولم يكتسب من المتعاقدين حقا يخلع عليه صفة الخلف الخاص»[٩٥] والواقع أنه يندر أن تتوافر لدى الغير مصلحة في رفع دعوى الإبطال[٩٦] ، وبالتالي فلا يكون ذا مصلحة في توجيه الانذار طبقا

(٩٤) في طبيعة مركز الدائن العادي: عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٨٥١-٨٥٣ والمراجع المتنوعة التي أشار اليها .

(٩٥)عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص ٨٥٠ وما بعدها. البدراوي، نفس المرجع، ص ٤٩٣ .

— Aussel; Essai sur la notion de tiers en droit civil français, thèse Montpellier, 1952.

(٩٦)السنهوري، المرجع السابق، ص ٦١٤ وما بعدها. حجازي. نفس المرجع، رقم ٦٢٨ ص ٨٥٣. عبد الفتاح عبد الباقي، نفس المرجع، ص ٥٤٩ .

— Ghestin; op.cit., p. 657-659. - Ponsard et Blondel, op.cit., No. 64.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

للمادة ١٨٢ / ١ مدني .

ومع ذلك فإن من الأغيار penitus extranei من تكون له مصلحة في التعرف على مصير العقد القابل للإبطال، وذلك كمن يتخذ خطوات ايجابية ليخلف المتعاقد مع صاحب حق الاختيار خلافة خاصة بدون أن تنطبق عليه شروط المادة ١٨٩ / ١ مدني، وكذلك الدائن العادي لأحد المتعاقدين ، إذا اعتبرناه من الغير، ولم يكن من حقه استعمال الدعوى غير المباشرة، فعلى الرغم من أن المصلحة هنا محتملة(٩٧) ، إلا أنه يمكن القول بأنه يجوز لهؤلاء وأمثالهم توجيه الإنذار المنصوص عليه في المادة ١/١٨٢ مدني .

٦٩ ـ لمن يوجه الإنذار: عينت المادة ١٨٢ / ١ مدني من يمكن وضعه في حالة إعذار، وبالتالي يوجه له الإنذار بقولها: «يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق إبطال العقد» . ومن المقرر أنه يجب الرجوع الى إرادة المشرع لمعرفة من له حق إبطال العقد ، ويتبع في الكشف عن هذه الإرادة القواعد العامة في التفسير(٩٨) . وتطبيقا لهذا المبدأ يعتبر صاحب حق في إبطال العقد من كان ، وقت إبرام هذا العقد، ناقص الأهلية أو معيب الإرادة أو منحه القانون ، بنص خاص، الحق في طلب إبطال العقد ، وسوف نستعرض بإيجاز هذه الحالات .

٧٠ ـ أولاً ـ نقص الأهلية : القاعدة العامة أن التصرفات التي تدور بين النفع والضرر تعتبر قابلة للابطال لمصلحة ناقص الأهلية ، إذا صدرت عن الصبي المميز (م ٨٧ / ٢) أو عن المعتوه (م ٩٩) أو عن السفيه وذي الغفلة ،

---

(٩٧) تنص المادة الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه : « لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه» .

(٩٨) فتحي والي، المرجع السابق، فقرة ١٨٥ ص ٢٢٧ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

بعد شهر قرار الحجر ، (م ١٠١ / ١) . وحينئذ يجوز لذى المصلحة آن يوجه الانذار الى كل منهم بعد اكتمال أهليته ، أو لمن يمثلهم قانوناً أثناء نقص الأهلية .

٧١ ـ أما المشمول بالمساعدة القضائية، فلا يكون قابلًا للابطال إلا التصرف الذي تقررت المساعدة القضائية في شأنه، متى صدر منه بعد شهر قرار مساعدته، بغير معاونة المساعد (م ١٨٠) . وحينئذ يوجه الانذار إليه بعد رفع المساعدة، أو الى المساعد القضائي أثناء سريان المساعدة، ليقررا معا مصير هذا التصرف، وذلك بناء على أن المساعد القضائي لا ينوب عن العاجز جسمانيا في ابرام التصرفات، وإنما يكون مجرد معين له، فهو بمثابة المترجم عنه وله[٩٩] .

٧٢ ـ ثانياً ـ عيوب الإرادة : يمكن توجيه الانذار لمن شاب إرادته عيب يجعل عقده قابلاً للابطال . وقد حدد القانون منهم :
١ ـ من وقع في غلط دفعه الى التعاقد (م ١٤٧) .
٢ ـ المدلس عليه (م ١٥١ ـ ١٥٥) .
٣ ـ المكره على التعاقد (م ١٥٦ ـ ١٥٨) .
٤ ـ من جاء تعاقده نتيجة استغلال (م ١٥٩) .

٧٣ ـ ثالثاً ـ حالات الابطال المقررة بنص قانوني : يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من منحه القانون حق ابطال العقد بنص خاص . وسوف نستعرض ، بايجاز ، هذه النصوص :
١ ـ تقضي المادة ٤٥٦ / ١ بأنه في حالة عدم علم المشترى بالمبيع علماً كافياً ، يكون له الحق في طلب ابطال البيع .
٢ ـ يكون عقد التأمين ، بحسب الأصل ، قابلاً للابطال لمصلحة المؤمن ، إذا

(٩٩) المذكرة الايضاحية في تعليقها على المادة ١٠٧ مدني .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بياناً غير صحيح ، يترتب عليه أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن (م ٧٩١ / ١) .

٣ ـ الشرط المانع أو المقيد للتصرف : بعد أن قررت المادة ٨١٥ مدني أن شرط المنع من التصرف في الملك أو تقييد حق المالك في التصرف فيه لا يكون صحيحاً ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة ، جاءت المادة ٨١٦ / ١ فوضعت الجزاء على مخالفة المالك هذا الشرط الصحيح ، وذلك بأن منحت كلاً من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته ابطال التصرف المخالف للشرط .

٤ ـ الغبن في القسمة الاتفاقية : ورد في المادة ٨٣٢ / ١ أن للمتقاسم الحق في طلب ابطال القسمة التي تمت بالتراضي إذا لحقه منها غبن يزيد على الخمس .

٥ ـ التصرف في ملك الغير : أوردت المادة ١٧٠ من القانون المدني الكويتي قاعدة أساسية مؤداها جواز التعاقد في شأن مال الغير أو فعله ، من غير أن يترتب عليه أي التزام على هذا الغير بدون رضاه[١٠٠] . وهكذا يكون المشرع الكويتي قد حسم خلافاً بالغاً ، ثار ولا يزال يثور في الفقه والتشريع والقضاء[١٠١] . والقاعدة التي أقرها المشرع الكويتي قد وحدت أحكام التصرفات الواردة على ملك الغير ، دون ولاية ، سواء أكان التصرف يتمثل في بيع ملك البيع[١٠٢] ، أو في ايجاره[١٠٣] ، أو في رهنه[١٠٤] ، وذلك ما لم يرد نص

---

(١٠٠) عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٤٠٢ ـ ٤٠٥ . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١١٨ .

(١٠١) انظر في عرض هذه الآراء : محمد الألفي ، الفضالة ، مجلة الحقوق والشريعة ، س ٤ ، ع ٣ ، ص ٥٤ ـ ٧٤ .

☚ Dupeyron; op.cit., p. 54-74 et 189.
— Flattet; les contrats pour le compte d'autruit, Paris 1950. - Mazeaud; op. cit., T.3, édition, Paris 1968, No. 824, p. 77.

(١٠٢) المادة ٥٠٩ مدني .

(١٠٣) بدر جاسم اليعقوب ، عقد الايجار وفقاً للقانون المدني وقانون ايجار العقارات ، الكويت ١٩٨١ ، ص ٤٨ ـ ٥٧ .

(١٠٤) المادة ٩٧٤ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

خاص يقضي بحكم مغاير[١٠٥] . وقد استوحى المشرع حكم المادة ١٧٠ من المادة ٣٨ / ٢ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي (مجموعة أعمال لجنة التنقيح لعام ١٩٤٨ / ١٩٤٩)[١٠٦] . وكان من المنطقي ألا تثار هذه المسألة هنا ، لولا أن المذكرة الايضاحية للقانون المدني ، في تعليقها على المادة ٥٠٩ قررت أنه : «يكون للمشتري ، وفقاً للقواعد العامة ، أن يطلب ابطال البيع ، تأسيساً على الغلط ، إذا كان يجهل عند ابرام العقد عدم ملكية البائع» . وذلك علاوة على حقه في طلب فسخ البيع تأسيساً على عدم وفاء البائع بالتزاماته[١٠٧] .

٧٤ ـ مضمون الاعذار : حددت المادة ١٨٢ / ١ مدني مضمون الاعذار في قولها : «يجوز لكل ذي مصلحة أن يعذر من له حق ابطال العقد بوجوب ابداء رغبته في اجازته أو ابطاله» . فالاعذار وسيلة يلجأ إليها من له مصلحة ليتمكن «من التعرف على قصد المتعاقد الذي يترخص له في ابطال العقد أو اجازته ، حتى يدبر أمره على ضوئه»[١٠٨] ، أي أن مضمون الاعذار ينحصر في أنه يجب على من له حق طلب ابطال العقد ، إذا ما وضع في حالة اعذار ، أن يبدي رغبته في التمسك بحقه هذا ، أو تركه صراحة أو دلالة أو حكماً .

ولا نجد ، بعد ذلك ، في نصوص القانون المدني أو في مذكرته الايضاحية أو في كتابات أعضاء لجنة وضع القانون المدني[١٠٩] ، أية اشارة تدل

---

(١٠٥) تنص المادة ٥٢٧ من القانون المدني على أن : «هبة مال الغير باطلة» .

(١٠٦) المذكرة الايضاحية في تعليقها على المادة ١٧٠ مدني .

(١٠٧) المذكرة الايضاحية ، تعليقاً على المادة ٥٠٩ .

(١٠٨) المذكرة الايضاحية ، تعليقاً على المادة ١٨٢ مدني .

(١٠٩) بدر جاسم اليعقوب ، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي ، الكويت ١٩٨١ ، ص ٢٧٥ . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٥ . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٤٦ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

على أن مضمون الاعذار يمكن أن يتجاوز ابداء الرغبة كوسيلة لمجرد التعرف على قصد صاحب الحق في الابطال . ولا شك أن هذا يقلل من أهمية الاجازة الحكمية التي استحدثها القانون المدني الكويتي «ربما لأول مرة في قوانين الدول المختلفة»[١١٠] . وسوف نعود الى هذه المسألة فيما بعد .

٧٥ ـ مدة ابداء الرغبة : ترك القانون لصاحب المصلحة الحق في تحديد المدة التي تتناسب مع ظروفه ومصالحه ، فله تقدير المدة التي يراها ملائمة له . ولكن يجب مع ذلك مراعاة أمرين أوردتهما الفقرة الأولى من المادة ١٨٢ : يقضي أول هذين الأمرين بأن الحد الأدنى لهذه المدة ثلاثة أشهر ، أي أن فترة ابداء الرغبة تبدأ من وقت توجيه الانذار[١١١] ، وتستمر طوال المدة المحددة في الانذار بشرط ألا تقل عن ثلاثة أشهر ، «حتى تتاح لصاحب الحق في الابطال فترة معقولة ليتدبر أمره بالنسبة للعقد»[١١٢] .

ويقضي ثاني الأمرين بألا «يكون لهذا الاعذار أي أثر بالنسبة الى المدة المقررة لسقوط الحق في الابطال على نحو ما تقرره المادة ١٨٣»[١١٣] . ويبدو أن المقصود بالأثر هنا : اطالة المدة المقررة لسقوط الحق في الابطال ، استناداً الى نص المادة ٦١ من مشروع تنقيح القانون المدني الفرنسي[١١٤] ، المصدر التاريخي للمادة ١٨٢ .

٧٦ ـ متى يجوز توجيه الانذار ؟ : رأينا فيما سبق أن مضمون الاعذار ينحصر في أنه يجب على من له حق طلب ابطال العقد أن يبدي رغبته في اجازة

---

(١١٠) المذكرة الايضاحية ، نفس الموضع السابق .

(١١١) المذكرة الايضاحية ، نفس الموضع المتقدم .

(١١٢) منصور مصطفى منصور ، نفس المرجع ، ص ١٤٦ / ١٤٧ .

(١١٣) المذكرة الايضاحية ، نفس الموضع السابق .

(١١٤) — Travaux de la Commission de réforme du code civil, année 1947-1948, p. 75:
«... sans qu'il puisse en resulter une prolongation du délai de prescription.

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

هذا العقد أو ابطاله خلال المهلة المحددة في الانذار الموجه إليه ، وهذا يتطلب بالضرورة أن يكون صاحب حق الإبطال ، عند توجيه الانذار ، أهلاً لهذا الاختيار .

وقد أجمع الفقه على أن الاجازة تصرف قانوني يتم بارادة منفردة[١١٥] ، محله نزول العاقد عن حقه في طلب ابطال العقد ، وسببه قصد تصحيح العيب الذي جعل العقد قابلاً للابطال ، فيجب أن تتوافر في هذا التصرف جميع الشروط التي يتطلبها القانون لسلامة الرضاء . من أجل ذلك قضت المادة ١٨٢ / ٢ ألا يعتد باعذار من له حق طلب الابطال بسبب الغلط أو التدليس أو الاكراه إلا إذا كان قد وجه بعد انكشاف الغلط أو التدليس أو زوال الاكراه ، كما لا يعتد باعذار ناقص الأهلية إلا إذا كان قد وجه إليه بعد اكتمال أهليته . ويلاحظ أن الاعذار نفسه قد يكون السبيل الى انكشاف الغلط أو التدليس ، فتبدأ من وقت توجيهه فترة ابداء الرغبة في ابطال العقد أو اجازته[١١٦] .

٧٧ ـ الآثار القانونية المترتبة على الاعذار : حددت الفقرة الثالثة من المادة ١٨٢ مدني الأثر المترتب على الاعذار بقولها : «فإذا انقضى ميعاد الاعذار من غير اختيار ، اعتبر ذلك اجازة للعقد» ، ثم جاءت المذكرة الايضاحية ، في

---

(١١٥) عبد الحي حجازي ، المرجع السابق ، ص ١٠٨٢ ، عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥٦٧ . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٠ . عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ ـ ٣٨٧ . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ ـ ٢٣٠ . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٤٥ .

— Couturier; la confirmation des actes nuls, Paris 1972. - Dalloz, Rép. civ.2° édition; Confirmation, par André Breton. - Gaudemet; op. cit., p. 170-178. Ghestin- op.cit., p. 685-727. - Marty et Raynaud; op. cit., p. 183-185. - Mazeaud; op.cit., p. 266-270. - Seilhan; l'acte abdicatif, Rev. trim. dr. civ., 1966, p. 686.

(١١٦) المذكرة الايضاحية ، تعليقاً على المادة ١٨٢ مدني .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

تعليقها على هذه الفقرة ، ببيان المقصود منها فقالت : «فإذا لم يبد صاحب الحق في طلب الابطال رغبته في التمسك بحقه هذا ، خلال ميعاد الاعذار ، اعتبر سكوته عن الرد بمثابة اجازة للعقد» .

فالموقف الذي يتخذه من يوضع في حالة اعذار لا يخرج عن أحد مسلكين :

أ ـ إما أن يعلن رغبته في التمسك بحق الابطال ، وهنا يكون الاعذار قد استنفد أغراضه ، وعرف موجه الانذار أن العقد لن يستمر ، فيرتب أموره على هذا الأساس .

ب ـ وإما أن يعبر بطريقة إيجابية أو سلبية عن عدم تمسكه بحق الإبطال ؛ وذلك بأن يعلن رغبته في إجازة العقد ، أو يسكت حتى ينتهي ميعاد الاعذار ، فيعتبر مسلكه هذا اجازة للعقد .

وأياً ما كان مسلكه ، فقد ترتب عليه وضع حد نهائي لحالة الترقب وعدم الاستقرار في المراكز القانونية المرتبطة بالعقد القابل للابطال ، ولنا عودة قريبة لمناقشة هذا الأمر .

ثانياً ـ كيفية اعمال المادة ١٨٢ مدني :

٧٨ ـ نقطة البداية في هذه المسألة أن حكم المادة ١٨٢ مستحدث ، ربما لأول مرة ، في التقنينات الرسمية المختلفة ، ومن ثم فلا يوجد فقه أو قضاء يمكن الاهتداء به في كيفية اعمال هذا النص[١١٧] ، ويكون مرد الأمر كله الى الاجتهاد الشخصي .

والواقع أن صياغة المادة ١٨٢ توحي بأن الموقف الذي يجب أن يتخذه من وضع في حالة اعذار ينحصر في أمر واحد ليس غير ، وهو ابداء رغبته ،

---

(١١٧) المذكرة الايضاحية تعليقاً علي المادة ١٨٢ . عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام ، طبعة ١٩٨٣ ، ص ٤٦٤ . منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

خلال المدة المعينة له ، في اجازة العقد أو ابطاله ، ثم لا شيء وراء ذلك[١١٨] .
فما هي ، إذن ، الصور المحتملة لتطبيق هذا النص ؟ .

٧٩ ـ ١ ـ ابداء الرغبة في الاجازة : إذا أبدى من وجه اليه الانذار ، خلال الفترة المحددة له ، رغبته في اجازة العقد ، فما الذي يترتب على هذا الرد ؟ من الواضح أن مجرد ابداء الرغبة في الاجازة أمر يختلف عن الاجازة نفسها ، فقوله : أرغب في الاجازة ، لا يعني أنه أجاز ، ولا يرتقي الى مستوى الوعد بالاجازة ، بل هو اخبار عن حالة نفسية أخرجها الانذار الى عالم الواقع المحسوس . ويترتب على ذلك :
أولاً : أن الاعذار قد أدى الغرض منه ، حيث أبدى متلقى الانذار رغبته كما أوجب النص ، وهكذا نعود الى نفس حالة عدم الاستقرار التي سادت قبل الاعذار .
وثانياً : أن إبداء الرغبة بالاجازة لا يمنع فاعله ، بعد التروي ، من رفع دعوى الابطال في الوقت الذي يناسبه ، بناء على أن رغبته السابقة عدلتها رغبة جديدة .

٨٠ ـ أما إذا صاحب ابداء الرغبة في الاجازة ما يدل على أن فاعله أراد تأييد العقد بأن صدر عنه تعبير يرمي الى النزول عن حقه في الابطال ، فإن العقد يستقر . وحيث أن الاجازة تصرف قانوني يصدر من جانب واحد ، فإنها تقع صحيحة دون حاجة الى قبول المتعاقد الآخر . والإجازة في القانون المدني الكويتي لا تحتاج الى اجراءات شكلية ولذا فإنها لا تخضع إلا لشروط صحة التصرف القانوني بوجه عام . «والإجازة قد تكون صريحة . كما أنها يمكن لها أن تكون ضمنية بأن يستدل عليها من ظروف الحال ، شريطة أن يكون هذا

(١١٨) المذكرة الايضاحية ، نفس الموضع السابق : «فإذا لم يبد صاحب الحق في طلب الابطال رغبته في التمسك بحقه هذا . . . اعتبر سكوته عن الرد بمثابة اجازة للعقد» . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٥ . منصور مصطفى منصور ، نفس المرجع ، ص ١٤٧ / ١٤٨ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الاستدلال قاطعاً في إفادته قصد المتعاقد تطهير العقد من العيب الذي شابه ، والنزول بالتالي عن حق طلب الابطال بسببه . فالنزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع في الأخذ بما يدل عليه»[١١٩] .

٨١ ـ ٢ ـ عدم ابداء الرغبة : لا تثير هذه الحالة أي اشكال ، فإذا اتخذ من وجه إليه الانذار موقفاً سلبياً ، بعدم ابداء رغبته حتى انقضت المهلة المحددة ، فإن المادة ١٨٢ / ٣ تعتبر هذا الموقف منه بمثابة اجازة للعقد .

وهذه الاجازة قد افترضها المشرع بقرينة قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، وبناء عليها يستقر وجود العقد ، ولا يبقى قابلاً للابطال .

٨٢ ـ ٣ ـ ابداء الرغبة في الابطال : من المعلوم أن الابطال ، في القانون الكويتي ، لا يتقرر إلا بالقضاء أو بالاتفاق . ومن المفهوم ، حسب صياغة المادة ١٨٢ ، أن مجرد ابداء متلقى الانذار رغبته في ابطال العقد ، ينأى بهذا العقد عن الاجازة المفترضة في المادة ١٨٢ / ٣ . ولكن ماذا يمكن أن يترتب من أثر على مجرد ابداء هذه الرغبة ؟ .

٨٣ ـ أ ـ هل يجبر من أبدى رغبته في الابطال على اتخاذ موقف ايجابي ، قبل انتهاء فترة الاختيار ، نحو تقرير الابطال ؟ إن صيغة المادة ١٨٢ لا تحتمل هذا التفسير لأنها توجب على من له حق ابطال العقد أن يبدى رغبته ، خلال الأجل المضروب له ، وها هو قد فعل ، فيكون بفعله قد أدى الواجب الذي فرضته عليه المادة ١٨٢ / ١ ، أما مصير العقد القابل للابطال فيظل كما كان قبل توجيه الانذار .

٨٤ ـ وقد يكون من الانصاف أن نقول إن هذا الموقف قد تترتب عليه بعض النتائج ، مهما تكن محدودة الفائدة ، وخاصة عندما يكون موجه الانذار

---

(١١٩) المذكرة الايضاحية للقانون المدني ، تعليقاً على المادة ١٨٢ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

شخصاً ، غير المتعاقد الآخر ، له مصلحة في التعرف على مصير هذا العقد لكي يرتب أموره على أسس واضحة . فالشفيع إذا علم برغبة البائع في ابطال البيع ، يريح نفسه من عناء رفع دعوى الشفعة . وكذا من يتخذ خطوات ايجابية نحو شراء ما بيع بعقد قابل للابطال ، فإنه يفكر ملياً في الاقدام على الصفقة إذا علم رغبة البائع الأصلي في ابطال هذا البيع . والخلف العام للمتعاقد الآخر ، يهمه معرفة رغبة البائع الذي له حق الابطال ، قبل أن يهدم البناء القائم أو يستصلح الأرض أو يقيم عليها ما يشاء من أبنية .

٨٥ ـ ب ـ هل يعتبر ابداء الرغبة في الابطال إيجاباً ؟ لا شك أن مجرد ابداء الرغبة في ابطال العقد يحمل كل عناصر الايجاب ، فهو عرض يتضمن عزم صاحبه على طلب الابطال ، وهو يتضمن ، باعتباره جواب الاعذار ، طبيعة العقد المراد ابطاله وشروطه الأساسية ؛ فإذا التقى به قبول الطرف الآخر ، أصبح العقد باطلاً[١٢٠] .

٨٦ ـ ورغم أن الاتفاق على ابطال العقد نادر الحدوث عملاً ، إلا أن فريقاً من الفقه أثار «التساؤل عما إذا كان البطلان في هذه الحالة يؤثر في حق الغير»[١٢١] . ويبدو لنا ، في الاجابة عن هذا التساؤل ، أن البطلان الاتفاقي لا ينبغي أن يكون له أثر إلا فيما بين طرفيه ، أي أن هذا النوع من البطلان لا يجوز أن يضر بحقوق الغير ، الذي يستطيع أن يرفع دعوى صحة التصرف ، استناداً الى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٠٣ مدني : «العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وإن كانت تؤثر في الضمان العام المقرر لدائنيهما ، وذلك كله مالم يقض القانون بغيره»[١٢٢] .

(١٢٠) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥٨٤ . عبد المنعم البدراوي ، المرجع السابق ، ص ٣٨١ . محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ ، منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ .

(١٢١) عبد الباسط جميعي ومصطفى محمد الفقى ، وسيط السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٥٨٤هـ ٣ .

(١٢٢) من هذا الرأي : بونسار وبلوندیل ، المقال السابق ، فقرات ٢٨ ـ ٣٠ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

ذلك أن الابطال الذي يتقرر بحكم القضاء ، وتطبق عليه المواد ١٨٧ ـ ١٩٢ مدني ، وعلى الأخص المادة ١٨٩ / ١ ، التي تنص على أنه «لا يحتج بابطال العقد في مواجهة الخلف الخاص للمتعاقد الآخر ، إذا كان هذا الخلف قد تلقى حقه معاوضة وبحسن نية» ، يخضع لرقابة القضاء فيما يتعلق بالكشف عن سبب الابطال ، وهذا يمنع قيام أي تواطؤ بين العاقدين بهدف الاضرار بالغير .

أما الابطال الاتفاقي فإنه بمنأى عن مثل هذه الرقابة ، مما يفسح مجال التواطؤ اضراراً بحقوق الغير . وأقرب ما يمكن أن يطبق في شأنه حكم الاقالة المنصوص عليه في المادة ٢١٨ مدني ، ونصها : «تعتبر الاقالة ، من حيث أثرها ، بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين ، وبمثابة عقد جديد في حق الغير» .

٨٧ ـ جـ ـ هل يجوز لمن أبدى رغبته في الابطال أن يرجع ويجيز العقد ؟ يقضي المنطق القانوني بأن من أبدى رغبته في الابطال ، رداً على الانذار الموجه إليه ، لا يمكنه أن يرجع في قوله ، لأنه ثبت في معرض اجراء رسمي ، فيلزمه تنفيذ ما يترتب عليه ، بأن يرفع دعوى الابطال قبل أن تنقضي مدة سماعها .

ولكن صياغة المادة ١٨٢ لا تستقيم مع هذا المنطق ، فقد رأينا أنها لا توجب على من وضع في حالة اعذار أمراً زائداً على مجرد ابداء الرغبة ، بمعنى أنه يستطيع أن يجيز العقد ، فتنتج هذه الاجازة أثرها القانوني ، لأنها تصرف من جانب واحد ، فلا تتطلب قبولاً من المتعاقد الآخر ، وليست بحاجة الى اجراءات شكلية تصاحب اعلانها .

كذلك يستطيع من أبدى رغبته في الابطال ، وفقاً للمادة ١٨٢ ، أن يتخذ موقف المتربص من ابطال العقد ، فلا يرفع دعوى الابطال ، إذا قدر أنها في غير مصلحته ، وأنه تسرع في ابداء رغبته على هذا النحو ، ثم يستمر هكذا حتى يسقط حقه في رفع الدعوى بالتقادم ، فيتأبد وجود العقد . وقد

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

يؤثر هذا على مصالح المتعاقد الآخر أو الغير ، الذي رتب أموره على أساس الابطال .

في هذه الحالة والحالة التي سبقتها ، لا يكون أمام المتعاقد الآخر أوالغير المضار إلا أن يحرك دعوى المسئولية ، إذا توافرت شروطها ، مطالباً بالتعويض عما أصابه من ضرر .

٨٨ ـ ٤ ـ الرد على الانذار بعبارة غامضة : يحدث أن يتخذ من وضع في حالة اعذار موقفاً غير محدد ، فيرد بعبارة غير قاطعة ، حتى لا يفوت الميعاد دون ابداء رغبته ، مثل أن يقول «لا أقبل الاجازة وسوف أطلب من القضاء ابطال العقد» استناداً الى أن نص المادة ١٨٢ / ٣ يربط الاجازة الحكمية بانقضاء الميعاد دون اختيار ، وها هو قد اختار وبين رغبته أياً كانت[١٢٣] .

ونحن نرى أن هذه الحالة ، وما يشابهها ، تخضع لسلطة القاضي في التعرف على المراد منها ، وفقاً لقواعد التفسير المنصوص عليها في المادتين ١٩٣ و ١٩٤ مدني .

المبحث الثاني
مدى ملاءمة حكم المادة ١٨٢ مدني

٨٩ ـ بعد أن انتهينا من دراسة المادة ١٨٢ مدني ، يأتي الآن دور تقييمها على ضوء الغاية التي تغياها المشرع الكويتي من استحداثها ، هذه الغاية التي تظهر بوضوح في عبارات المذكرة الايضاحية للقانون المدني : «وهو حكم

---

(١٢٣) منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

تقتضيه المصلحة»[١٢٤] ، أي إزالة الاضطراب وعدم الاستقرار في صدد العقد القابل للابطال «وفي صدد العقود الأخرى التي تترتب عليه[١٢٥] ، وبالتالي رفع الضرر عن «المتعاقد الذي يثبت الابطال اضراراً به»[١٢٦] وعن «غيره من الأشخاص الذين يتلقون الحق عنه ، أو يريدون أن يتلقوه منه»[١٢٧] . فهل يمكن للمادة ١٨٢ أن تحقق هذه الغاية ؟ نبدأ ـ أولاً ـ بتحليل بعض جوانب الصياغة الفنية للمادة ، لنتبين ما يمكن أن تؤدي إليه . ثم نستعرض ـ بعد ذلك ـ النتيجة العملية لتطبيق هذه المادة .

٩٠ ـ أولاً ـ تحليل الصياغة الفنية للمادة ١٨٢ :

أول ما يلفت النظر في هذا الشأن استعمال صيغ العموم فيما هو بحاجة الى تخصيص . وكذا استخدام مصطلحات في معنى قد يختلف عن المعنى الذي وضع لأجله . وأخيراً إطلاق ألفاظ تحتاج الى الدقة والضبط .

٩١ ـ ١ ـ فاستعمال صيغة العموم في قوله : «لكل ذي مصلحة» ، يفتح الباب على مصراعيه ليدخل منه مع المتعاقد الآخر ، صاحب المصلحة الأكيدة في معرفة مصير هذا العقد ، أشخاص آخرون يكثر عددهم وتتعدد صفتهم وقد يكون الغير من بينهم[١٢٨] . مما يؤدي الى الاضرار بصاحب حق الابطال ، إذ أن تخلفه عن الرد على كل هؤلاء ، ولو دون قصد ، يؤدي الى اعتبار العقد قد أجيز .

٩٢ ـ واستعمال صيغة العموم في قوله : «من له حق ابطال العقد» ،

---

(١٢٤) المذكرة الايضاحية في تعليقها على المادة ١٨٢ .
(١٢٥) المرجع السابق ، نفس الموضع .
(١٢٦) نفس المرجع .
(١٢٧) نفس المرجع المتقدم .
(١٢٨) تم عرض ذوي المصلحة في الفقرات ٦٥ ـ ٦٨ من هذا البحث .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

يمتد ليشمل أشخاصاً لهم حق ابطال العقد دون أن يؤدي حقهم هذا الى اضطراب التعامل أو الاضرار بالمتعاقد الآخر أو بالغير . فإذا كانت حكمة التشريع تبرر انذار من يمتد حقه في الابطال فترة طويلة نسبياً ، أو فترة غير محددة ، ليبين موقفه النهائي من هذا العقد ، فكيف يمكنها أن تبرر إنذار شخص قضى القانون بأن يستعمل حقه في الابطال خلال فترة ضيقة ، لا تتسع لاجراءات الاعذار وما يترتب عليه من نتائج :

٩٣ ـ أ ـ كيف يجوز اعذار ضحية الاستغلال ؟ يمنح القانون ضحية الاستغلال حق إبطال العقد خلال سنة من وقت إبرامه ، إلا إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ إلا من تاريخ زوال تأثيرهما (م ١٦١) ؛ وهذه المدة تعتبر بالغة القصر إذا قيست بالمدة المحددة لطلب الابطال بسبب عيوب الارادة الأخرى ، فهي ثلاث سنوات تبدأ من وقت زوال سبب الابطال (م ١٨٣ / ١ ، ٢) ومدة السنة في الاستغلال غالباً ما تحقق نفس الهدف الذي استحدثت من أجله المادة ١٨٢ . بل إن هذا الهدف يتناقض مع منطق الحماية ، الذي اعتبر الاستغلال بمقتضاه أحد عيوب الإرادة ، إذا وجه الانذار الى ضحية الاستغلال بعد تمام العقد مباشرة ، وهو لا يزال واقعاً تحت تأثير الحاجة الملجئة أو الطيش البين أو الضعف الظاهر . يضاف الى ذلك أن المادة ١٥٩ أجازت للقاضي أن ينقص من التزامات ضحية الاستغلال أو أن يزيد في التزامات المتعاقد معه ، وهذه الزيادة قد يحكم بها القاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال أو بناء على طلب المتعاقد معه كدفع يعمد به الى اتقاء ابطال العقد[١٢٩] .

٩٤ ـ ب ـ كيف يجوز اعذار المتقاسم المغبون ؟ بعد أن قررت المادة ٨٣٢ / ١ حق طلب الإبطال للمتقاسم الذي لحقه غبن يزيد على الخمس ، في القسمة التي تمت بالتراضي ، إذ بالفقرة الثانية من نفس المادة تقرر سقوط

(١٢٩) المذكرة الايضاحية في تعليقها على المادة ١٥٩ مدني .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

دعوى الإبطال بمرور سنة من وقت القسمة . وواضح أن مدة السنة لا تتسع لأمر زائد على اتخاذ المتقاسم المغبون قراره النهائي بعد الروية واعمال الفكر والموازنة بين ما يعود عليه من نفع أو ما يلحقه من ضرر نتيجة نقض القسمة . ولا نعتقد أن المدّعى عليه قد يلحقه ضرر ، من جراء تربصه هذه السنة ، يستدعي اختصار المدة واعذار المتقاسم المغبون ، وخاصة بعد أن منحه القانون حق منع الابطال إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من نصيبه (م ٨٣٢ / ٣) .

٩٥ ـ ٢ ـ استخدم المشرع في المادة ١٨٢ مصطلح «الاعذار» بمعنى انذار صاحب حق الابطال ليبدي رغبته خلال مدة معلومة ، إذا انقضت دون تحديد موقفه ، اعتبر ذلك اجازة للعقد . ومعلوم أن الاعذار la mise en demeure يفترض وضع المدين في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه ، حين يترتب على تأخره نتائج قانونية[١٣٠] . ولنا أن نتساءل : أين الدائن وأين المدين في العقد القابل للابطال ؟ وما هو التزام صاحب حق ابطال العقد ، الذي تأخر عن تنفيذه ؟ وما هي النتائج القانونية المترتبة على استعمال صاحب حق الابطال حقه في التريث طوال المدة التي منحه القانون إياها ؟ هذه التساؤلات وغيرها ترجع الى استخدام لفظ قانوني له معنى محدد ، في معنى آخر يختلف عنه تمام الاختلاف .

٩٦ ـ ٣ ـ تضمنت المادة ١٨٢ عدة تعبيرات تنقصها الدقة وتحتاج الى الضبط :

أ ـ فتعبير «ابداء الرغبة» في اجازة العقد أو ابطاله ، تعبير تعوزه الدقة ، وخاصة في المجال القانوني ، وعلى وجه أكثر خصوصية إذا ترتب على عدم فهم المراد منه اسقاط حق الابطال قبل التنازل عنه أو سقوطه بالتقادم .

---

(١٣٠) انظر فيما سبق فقرة ٦٣ مع هامش ٩٠ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

ب ـ ويصدق هذا المنطق على تعبير «من غير اختيار» الوارد في الفقرة الثالثة من نفس المادة . فما المقصود بالاختيار ؟ أن يبين رغبته أياً كانت ، أو أن يتخذ موقفاً محدداً واضحاً من اجازة العقد أو ابطاله ؟[١٣١] .

ويزيد الأمر تعقيداً وغموضاً ما ورد في المذكرة الايضاحية تعليقاً على هذين التعبيرين : «فإذا لم يبد صاحب الحق في طلب الابطال رغبته في التمسك بحقه هذا ، خلال ميعاد الاعذار ، اعتبر سكوته عن الرد بمثابة اجازة للعقد» ؛ فكأن الواجب على من وضع في حالة اعذار ينحصر في أمر واحد ليس غير : إبداء رغبته في التمسك بحق الابطال ، وما عدا ذلك يعتبر سكوتاً عن الرد ، يترتب عليه اجازة العقد .

جـ ـ وتعبير «أثر» في المادة ١٨٢ / ١ : «من غير أن يترتب علي ذلك أي أثر بالنسبة الى المدة المقررة لسقوط الحق في الابطال» ، يحتاج الى بيان وتحديد . ما معنى «الأثر» هنا ؟ تطويل المدة ؟ تقصير المدة ؟ أم أن المشرع يرمى الى أمر آخر لم يفصح عنه ، لا في القانون ، ولا في مذكرته الايضاحية ؟

٩٧ ـ ثانياً ـ النتائج العملية لتطبيق المادة ١٨٢

ذكرنا فيما سبق أن الغاية التي توخاها المشرع الكويتي من استحداث المادة ١٨٢ مدني ترمى الى أمرين : تحقيق مصلحة عامة ، عن طريق ازالة الاضطراب وعدم الاستقرار في التعامل الناجم عن العقد القابل للابطال . والحفاظ على مصلحة خاصة ، عن طريق رفع الضرر عن المتعاقد الذي يثبت الابطال اضراراً به . فهل أمكن الوصول الى هذه الغاية ؟

٩٨ ـ ١ ـ تحقيق الاستقرار للعقد القابل للابطال : انتهينا في دراستنا لكيفية اعمال المادة ١٨٢ الى أن هذه المادة لا توجب على من وضع في حالة

---

(١٣١) منصور مصطفى منصور ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ / ١٤٨ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

اعذار إلا أن يبدي رغبته في اجازة العقد أو ابطاله[١٣٢] ، أي أنها تقدم لذوي المصلحة وسيلة للتعرف على قصد صاحب حق الابطال ، وهذا هو المعنى الذي استخلصه الشراح الذين تناولوا هذه المادة بالتحليل والتعليق[١٣٣] .

٩٩ ـ والسؤال الذي يطرح نفسه الآن هو : هل ينهض مجرد ابداء الرغبة في الاجازة أو في الابطال عاملاً يزيل حالة الاضطراب والقلق التي نجمت عن العقد القابل للابطال ؟ سبق أن رأينا أن مجرد ابداء الرغبة في الاجازة لا يعني الإجازة أو الوعد بها ، وليس هناك ما يمنع من أبدى رغبة في الاجازة من العدول عما أعلنه[١٣٤] . كما سبق أيضاً أن رأينا أن مجرد ابداء الرغبة في الابطال لا يجبر فاعله على مباشرة الدعوى ، وليس هناك ما يمنعه من العدول عما أعلنه[١٣٥] .

إذا كان ذلك كذلك فالمصلحة العامة التي قد تحققها المادة ١٨٢ تكون محدودة الأثر قليلة الجدوى ، إذ أنها تنحصر في تعرف ذوي المصلحة على رأي صاحب حق الابطال الذي كونه خلال فترة الاختيار ، ثم لا شيء وراء ذلك .

١٠٠ ـ يضاف الى ما تقدم أن المادة ١٨٢ / ١ تنص على أنه : « . . . من غير أن يترتب على ذلك أي أثر بالنسبة الى المدة المقررة لسقوط الحق في الابطال» ، واسم الاشارة في المادة يحتمل أن يعود الى «الاعذار» في حد ذاته ، كما يحتمل أن يعود الى «ابداء الرغبة» ، وليس هناك ما يمنع من احتمال عوده الى «فترة الاختيار» . ومهما يكن مرده فإن مدة التقادم لن تتأثر نتيجة للاجراء

(١٣٢) انظر فيما سبق الفقرات ٧٨ ـ ٨٨ .

(١٣٣) المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، تعليقاً على المادة ١٨٢ . عبد الفتاح عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص ٤٦٤ ، منصور مصطفى منصور ، نفس المرجع ، ص ١٤٧ .

(١٣٤) الفقرة ٧٩ من هذا البحث .

(١٣٥) الفقرتان ٨٣ و ٨٧ من هذا البحث .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

الذي استحدثته المادة ١٨٢ ، وبالتالي لا يزول عدم الاستقرار الناجم عن العقد القابل للابطال .

١٠١ ـ لن يتحقق الاستقرار إذن بابداء الرغبة ، وإنما يتحقق بعدم ابداء الرغبة خلال ميعاد الاعذار ، لأن القانون اعتبره بمثابة اجازة للعقد . وعدم ابداء الرغبة يمكن أن يكون مقصودا لصاحب حق الابطال ، باعتباره موقفاً سلبياً يعفيه من اتخاذ موقف ايجابي لاجازة العقد . ويمكن كذلك أن يكون غير مقصود له بأن يجيء نتيجة اهمال أو عدم تبصر . كما يمكن أخيراً أن يكون نتيجة اخلال بحسن السير في اجراءات توجيه الانذار ، وما قد يصاحب ذلك من وسائل غير مشروعة لاسقاط حق ابطال العقد . فإذا أردنا مخلصين تحقيق المصلحة العامة ، وإذا توخينا مقتضيات العدالة في التشريع ، لعكسنا حكم المادة ١٨٢ ، بتقرير أن عدم ابداء الرغبة ، خلال هذه الفترة البالغة القصر ، يعتبر رفضاً للاجازة وتمسكاً بحق الابطال . ذلك أن النزول عن الحق لا يفترض ، ولا يجوز التوسع في الأخذ بما يدل عليه :

les déchéances sont de droit étroit

١٠٢ ـ ٢ ـ رفع الضرر عن ذوي المصلحة : نكتفي ، من بين ذوي المصلحة ، ببحث حالة المتعاقد مع صاحب حق الابطال ، لأنه ذو المصلحة الحقيقية في معرفة مصير العقد الذي أبرمه ، فنحدد مدى الضرر الذي يمكن أن يصيبه من جراء عدم استقرار العقد القابل للابطال .

الواقع أن الضرر الذي يحيق به يكمن في أن العقد القابل للابطال يعوق حريته في التصرف نتيجة تقلقل مركزه القانوني واحتمال الغائه في أية لحظة قبل أن يجاز أو يتقادم . ولكن ، بقليل من التأمل ، يتضح أن هذا الضرر لا يرتقى الى أكثر من مستوى الضرر الاحتمالي ، بل هو في الحقيقة ضرر وهمي .

١٠٣ ـ فإذا كان تعاقده مع صغير مميز أو مع معتوه ، أو كان مع سفيه أو

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

ذي غفلة بعد شهر قرار الحجر ، أو كان مع ذي عاهة جسمية بعد شهر قرار مساعدته وبعيداً عن معاونة المساعد ، فهو إما مقصر أو سيء النية . وفي كلتا الحالتين لن يصيبه ضرر بسبب اضطراب مركزه ، فهو الذي اختار هذا المركز ، وهو يعلم مخاطره ومستعد لتحمل عواقبه ، حيث أن الظروف التي تعاقد فيها تختلف عن مثيلتها في التعاقد الصحيح المستقيم .

١٠٤ ـ وإذا كان تعاقده مع معيب الإرادة ، فإن نفس الحكم السابق ينسحب عليه . ذلك أن قابلية العقد للابطال بسبب الغلط تفترض أنه قد وقع في نفس الغلط أو علم بوقوعه فيه أو كان من السهل عليه أن يتبينه (م ١٤٧ / ١) .

وقابلية العقد للابطال بسبب التدليس تستلزم أن تكون الحيل قد صدرت منه أو من نائبه أو من أحد أتباعه أو ممن وسطه في ابرام العقد أو ممن يبرم العقد لمصلحته (م ١٥٣ / ١) ، فإن كانت الحيل صادرة عن الغير فيشترط أن يكون ، عند ابرام العقد ، على علم بها أو كان ذلك في استطاعته (م ١٥٣ / ٢) .

وقابلية العقد للابطال بسبب الاكراه تقتضي أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة نجمت عن فعله أو فعل نائبه أو أحد أتباعه أو من كلفه بالوساطة أو من يبرم العقد لمصلحته (م ١٥٧ / ١) ، ولا يكون العقد قابلاً للابطال إذا صدر الاكراه من الغير إلا إذا كان ، عند ابرام العقد ، يعلم بحصوله أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به (م ١٥٧ / ٢) .

وقابلية العقد للإبطال بسبب الاستغلال تتطلب أن يكون ابرام العقد تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية (م ١٥٩) .

١٠٥ ـ أما إذا كان تعاقده في الحالات الأخرى التي نص عليها

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

القانون[١٣٦] ، فإن العقد لا يكون قابلاً للابطال إلا إذا جاء نتيجة تغرير أو غبن أو مخالفة شرط صحيح .

١٠٦ - وخلاصة القول : أن من يضع نفسه في هذا الموضع لا يتوقع نفعاً محضاً ، وإنما يتعاقد على احتمال الغنم والغرم ؛ وإذن يكون عدم استقرار مركزه نتيجة منطقية لفعله هو ، في الأعم الأغلب ، والقاعدة الشرعية تقرر أن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه :

Nemo alienum factum promettere potest

وبناء على كل ما تقدم ، نقترح حذف المادة ١٨٢ من القانون المدني الكويتي ، وتوحيد مدة التقادم في العقد القابل للابطال ، مهما كان السبب ، وذلك بجعلها سنة واحدة ، يسقط بعدها الحق في طلب ابطال العقد .

خاتمـــة :

١٠٧ - في ختام بحثنا هذا لا نملك إلا أن نعترف بعدم ملاءمة عوامل الاستقرار التي تسود معظم التشريعات أو المشروعات التي تأخذ بفكرة العقد القابل للابطال . ذلك أن هذا العقد يحمل في طياته جرثومة فساده ، فقد انعقد باطلاً بطلاناً نسبياً ، كما يقول البعض ، أو انعقد قابلاً للابطال ، كما يقول البعض الآخر ، ومع ذلك فإنه ينتج كل آثار العقد الصحيح . غير أن صفة البطلان فيه تجعله مهدداً بالزوال خلال فترة قد تطول وقد تقصر ، فإذا انقضت هذه الفترة بسلام فقد تأكد وجود العقد ، أما إذا استعمل من تقرر الابطال لمصلحته حقه في الابطال ، زال العقد بأثر رجعي ، وتعقدت الحلول فيما يتعلق بمصير التصرفات التي قررت حقوقاً للغير .

١٠٨ - وقد رأينا أن تقصير فترة الشك لم ينجح في تحقيق الاستقرار

(١٣٦) انظر فيما سبق الفقرة ٧٣ .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

www.alukah.net
شبكة الألوكة

للعقد القابل للابطال ، إذ أن هذه الفترة لا تبدأ إلا بعد زوال سبب الابطال ، وقد يطول الوقت قبل أن يزول هذا السبب ، وتتشابك المصالح نتيجة تقرير حقوق للغير .

كما رأينا أن الاجراءات المعتمدة على فكرة الدعوى الاستفهامية لا تحقق العدالة ولا تحفظ الحقوق التي قررها القانون لحماية بعض الأشخاص .

١٠٩ ـ وانتهى البحث الى أن انفراد القانون المدني الكويتي باستحداث اجازة مفترضة في المادة ١٨٢ لا يحقق مصلحة عامة ولا يحمى مصلحة خاصة .

١١٠ ـ لم يبق إذن إلا أن نرجع ، في تشريعاتنا المدنية ، عن فكرة العقد القابل للابطال ، فهي فكرة غريبة عن تاريخنا التشريعي ، وغير مستقيمة مع المنطق القانوني . ولقد آن الأوان للعودة الى استلهام الشرع الاسلامي ، بتطبيق نظرية العقد الموقوف على تصرفات ناقص الأهلية[١٣٧] ، ونظرية العقد غير اللازم على التصرفات الصادرة عن إرادة معيبة[١٣٨] . ولنا عودة ، باذن الله ، لطرح هذه الحلول ومناقشتها باستفاضة ، في بحث مستقل .

---

(١٣٧) انظر فيما سبق الفقرة ٣٧ .

(١٣٨) انظر الفقرات ٤٠ / ٤٢ / ٤٤ من هذا البحث .

شبكة الألوكة - قسم الكتب

هذا الكتاب منشور في